

٢٧٦

مجمع الفائدة والبرهان

في شرح إرشاد الأذهان

للفقيه المحقق المدقق وحيد عصره وفريد دهره

المولى أحمد المقدس الأردبيلي

المتوفى سنة ٩٩٣ هـ

الجزء التاسع

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

مجمع الفائدة والبرهان

في شرح ارشاد الأذهان

للفقيه المحقق المدقق وحيد عصره وفريد دهره

المولى أحمد المقدس الأردبيلي قدس سره

المتوفى سنة ٩٩٣ هـ

تحقيق:

الحاج آقا مجتبى العراقي والحاج شيخ علي پناه الاشتهاردي والحاج آقا حسين اليزدي الاصفهاني

الجزء التاسع

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة

لجماعة المدرسين بقم المشرفة



مجمع الفائدة والبرهان

(ج ٩)

■ المؤلف: المحقق البارع الشيخ أحمد المعروف بـ«المقدّس الأردبيلي» □
■ التحقيق: الحاج آقا مجتبى العراقي، الشيخ علي پناه الاشتهاردي، الحاج آقاحسين اليزدي □
■ الموضوع: فقه □
■ طبع ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ المطبوع: □
■ الطبعة: □
■ التاريخ: □

مؤسّسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة



بسم الله الرحمن الرحيم

... وفيه مقاصد ... في المقدمات وفيه مطالب الاول ... في اقسامها وينقسم بانقسام الاحكام الخمسة الى ...

اعلم انه لاخلاف في رجحان الكسب والطلب للرزق في الجملة مضموناً على الرواية ويدل عليه ايضا الايات والاخبار الكثيرة جدا المذكورة في الفروع حتى انه روى في الصحيح عن ابي اسامة زيد الشحام عن ابي عبد الله ع ان امير المؤمنين ع اعتق الف مملوك من كد يده وروى عن علي بن عبد العزيز قال قال ابو عبد الله ع ما فعل عمر بن مسلم قلت جعلت فداك اقبل على العبادة وترك التجارة فقال ويحه اما علم ان تارك الطلب لا يستجاب له ان قوما من اصحاب رسول الله صلعم لما نزلت ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب اغلقوا الابواب واقبلوا على العبادة وقالوا قد كفينا فبلغ ذلك رسول الله صلعم فارسل اليهم فقال ما حملكم على ما صنعتم فقالوا يا رسول الله تكفل الله عز وجل بارزاقنا فاقبلنا على العبادة فقال انه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطلب وروى معلى بن خنيس قال سأل ابو عبد الله ع عن رجل وانا عنده فقيل اصابته الحاجة قال فما يصنع اليوم قيل في البيت يعبد ربه قال فمن اين قوته قيل من عند بعض اخوانه فقال ابو عبد الله ع والله الذي يقوته اشد عبادة منه وانه قال رسول الله صلعم العبادة سبعون جزءا افضلها طلب الحلال وينبغي الاقتصار على ادنى الطلب بترك بذل الجهد والطاقة وصرف الوقت فيه كما يدل عليه الاخبار مثل ما روى عن سدير قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اي شيء على الرجل في طلب الرزق فقال اذا

صورة فتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة مكتبة المسجد الأعظم بقم المشرفة

ـمن أول كتاب المتاجرـ عثرنا عليها أثناء التحقيق.

انه قال لو دعيت الى كراع لاجبت ولو اهدي الى كراع لقبلت [illegible] على استحباب قبولها وعدم احتقارها وقال عليه
من [illegible] واصل الى من لا يمكن لك وهذه تدل على كمال الاعتبار بها واستحباب الملاطفة وحسن الخلق وقال عليه السلام الهدية
ثلث هدية مكافاة وهدية مداراة وهدية لله عز وجل وهذه تدل على عدم الشرط في الهدية مطلقا فلا منافاة بينها وبين التصدق
فهذا ما اعتبر عدم هدية احدهما الى الاخر [illegible] ويمكن المنافاة باعتبار التعظيم وعدمه فتأمل ثم قال وقد اجمع المسلمون كافة على [illegible]
اي اتفقوا على الظاهر ثم قال الهبة العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكا منجزا مجردا عن القربة وهذا صريح فيما قلنا اي [illegible]
مع اعتبار عدم القربة فافهم ثم قال فقولنا العقد جنس بعيد شامل لجميع العقود وقولنا المقتضي تمليك العين يخرج منه الاجارة
والعارية فان الاجارة تقتضي تمليك المنافع لا تمليك العين والعارية تقتضي اباحة المنافع لا تمليكها وقولنا من غير عوض يخرج عنه
البيع فانه يقتضي تمليك العين مع العوض وبيان العوض لا يكون الا [illegible] العوض لا يخرجه عن الهبة [illegible] والتنجيز
لاتمام الحقيقة والخروج عن [illegible] ليخرج الصدقة [illegible] الهبة لا بد ان يكون عقدا فلا بد من ايجاب وقبول كما
سيصرح به وان ما ذكره يقتضي كون [illegible] وان اخرج الصدقة [illegible] من الهبة فيما سبق [illegible]
[illegible] الاحسن [illegible] اخراج [illegible] فكان [illegible] فلعل هذا معنى [illegible] وان هذا [illegible]
[illegible] الاطلاق [illegible] الاطلاق [illegible] كلامهم [illegible] وغيرها [illegible]
ان يقال [illegible] لاخراج [illegible] واعلم ايضا ان الصدقة [illegible] العام [illegible] الاعطاء
لله عز وجل [illegible] الزكاة الواجبة والمندوبة والوقف [illegible] وغيرها [illegible] والاعطاء المشروع [illegible]
في [illegible] عقد يقتضي [illegible] كونها عقدا فلا بد لها من ايجاب وقبول [illegible]
فيصير هذا [illegible] الاخير [illegible] الايجاب والقبول بل لا احتياج الى اللفظ ويكفي النية [illegible]
كما [illegible] لا [illegible] في كل [illegible] الواجبة والمندوبة [illegible] في بعض
افرادها [illegible] ثم اعلم [illegible] كلامهم الاتفاق وعدم الخلاف في ان الهبة عقد وانه لا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين [illegible]
والقبول [illegible] وسائر ما يشترط في العقود اللازمة [illegible] الهبة عقد يفتقر الى الايجاب والقبول اللفظيين ثم قال الايجاب
هو كل لفظ [illegible] تمليك العين من غير عوض والصريح [illegible] وهبتك واهديت لك واعطيتك [illegible] من لفظ صريح
ولا يكفي الكنايات [illegible] كالبيع [illegible] والقبول كل لفظ يدل على الرضا بالتمليك كقولك قبلت ورضيت [illegible] ولا بد من
ان يكون العقد منجزا [illegible] على شرط [illegible] كالبيع ولا يجب ان يكون القبول عقيب الايجاب فلا يجوز التأخير [illegible] التواصل
كما في البيع [illegible] الايجاب [illegible] ايجاب وقبول [illegible] المعاطاة والافعال الدالة
على الايجاب [illegible] فلا [illegible] القبول [illegible] العقد ولا موجبه ولا [illegible] القبول عن الايجاب
بحيث يخرج عن كونه جوابا [illegible] يفتقر الى الايجاب والقبول القوليين [illegible] القبول الايجاب بحيث [illegible]
[illegible] في كلامهم ذلك [illegible] الاجماع مستندا الى اصل [illegible]

صورة فتوغرافية للصفحة الأخيرة من نسخة مكتبة المسجد الأعظم بقم
[illegible] من آخر كتاب العطايا. عثرنا عليها أثناء التحقيق.

«المطلب السادس في الشفعة»

(وفيه فصلان)

(الأوّل) في الشرائط

اذ اباع احد الشريكين حصّته كان للآخر أخذه بما وقع عليه العقد بشروط ثمانية.

قوله: «المطلب السادس في الشفعة الخ» قال في الشرائع: قيل:(١) هي استحقاق أحد الشريكين حصّة شريكه بسبب انتقالها بالبيع أي بالاستحقاق الشرعي الذي ثبت لاحد الشخصين اللذين كانا شريكين في شيءٍ الى حين انتقال الملك عن احدهما، او المراد الشريك العرفي بسبب انتقال الحصّة من الشريك حين الشركة بالفعل الى غير مستحق ذلك الاستحقاق.

وهذا المعنى واضح من التعريف ويتبادر الى الفهم من غير تقدير وتكلّف، مع انه تعريف لفظيّ للضبط والاستحضار ليسهل فهم المسائل.

فلا يرد عليه بعض مناقشات شارحه(٢)، مثل انه ينتقض في طرده بما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر.

ولايحتاج الى الجواب بان الشريك بعد البيع ليس بشريك، ولاالى دفعه

---

(١) هكذا في النسخ التي [illegible] من المطبوعة والمخطوطة وهي خمس نسخ، ولكن ليست لفظة (قيل) في نسخ الشرائع التي رأيناها.

(٢) يعني صاحب المسالك الشارح للمتن.

....

ـ بانه شريكه، بناءً على ان صدق المشتق لايقتضي بقاء مبدئه.

مع ان الجواب غير واضح، اذ يلزم عدم صدق التعريف حينئذٍ على المعرّف وهو ظاهر، والبناء أيضاً كذلك، لأن في العرف لايحمل الكلام على مثل ماذكر بحسب اللغة.

على ان المسألة وان كانت ظاهر كلام الاصحاب غير واضحة وتحقيقها في الاصول.

ثم قال: ولامخلص(١) له إلّا بالتزام كونه مجازاً ولايقول به الاصحاب، لانه عندهم حقيقة.

وهذا يدل على كونه مجمعاً عليه عندهم وذلك غير واضح، والمجاز في التعاريف ليس بجيّد.

ثم قال: وعلى هذا فيصدق الشركة بعد القسمة ويلزم ثبوت الشفعة لاحد الشريكين المتقاسمين حصّة الآخر اذا باعها لغيره، وهم لا يقولون به.

كأنّ في قوله: (لغيره) اشارة الى ماقلناه من ان المراد، الانتقال الى غير المستحق.

وقد عرفت جوابه من ان المراد بالشريك ماهو، وبالاستحقاق هو الاستحقاق شرعاً ولااستحقاق هنا وذلك لأنه لم يثبت فيما اذا لم يكن دليل شرعيّ على اثباته وهو قائل به، واما اذا كان ثابتاً بالدليل فلا يجب الاخراج، بل ادخاله.

على انه قد يلتزم ويقال: انه تعريف للمطلق، فيعلم بعد ذلك، الصحيح من غيره (٢) بالشرائط.

---

(١) عبارة المسالك هكذا: ولامخلص من ذلك الّا بالتزام كونه حينئذٍ مجازاً كما يقوله بعض الاصوليين، لكن الاصحاب لايقولون به (انتهى).

(٢) يعني قد يلتزم بان التعريف شامل لمطلق الشفعة صحيحة وغيرها، غاية الأمر يعلم خروج مثل مورد الانتقاض المذكور في طرده بعد ذلك بذكر الشرائط.

....

ثم قال: ويصدق مع تكثّر الشركاء اذا كانوا ثلاثة فباع احدهما لاحد الآخرين فانه حينئذٍ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصّة المستحقة بالبيع الى احدهما من شريكه.

الا ان يقال هنا: ان الشريك لم يستحق حصّة شريكه، بل بعض حصته، وهي المنتقلة بالبيع دون باقي حصته، وهي حصّة الشريك الآخر حيث إن (شريكه) يشمل الشريكين، بناءً على ان المفرد المضاف يفيد العموم فلم يتحقق استحقاقه حصّة شريكه(١) الخ.

ولايصدق(٢) ـ وهو ظاهر ـ لان المراد الشريكين(٣) فقط وقت الانتقال، ولأنّ المراد استحقاق احدهما فقط لاغير، وأنّ المراد الشريك الذي قاله بقوله (أحد الشريكين) وهو ظاهر متبادر الى الفهم لايحتاج الى القيد.

فلا يحتاج الى الجواب بقوله: (الا ان يقال الخ) على تقدير صحته، لأنه اذا اريد جميع الحصّة يلزم ان يصدق التعريف على جميع حصّة الشريك اذا باعها لاالبعض يعني اذا باع بعض الحصّة دون البعض، لايكون الشفعة فيه، لأنه ليس بجميع الحصّة، وهو ظاهر، فالاضافة هنا ليست للعموم، بل اعم، والاضافة ليست دائماً للعموم، بل هو مثل التعريف يجري فيها الاقسام وهو مذكور في محلّه ثم قال: ولامخلص من هذه المضايقات الا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته، لم يبق شريكاً عرفاً، والاستحقاق بسبب بيع احد الشريكين الآخر لايتحقق الّا بعد تمام البيع، ومعه تزول الشركة عرفاً وان صدقت لغة(٤) وقد عرفت أنه بعد البيع الى

---

(١) الى هنا عبارة المسالك ج ٢ ص ٢٦٩.

(٢) يعني لايصدق مع تكثّر الشركاء الى آخر ماقاله المسالك.

(٣) هكذا في النسخ كلّها، ولعل الصواب (الشريكان) بالالف والنون.

(٤) وهو قوله قده لان المراد بالشريكين فقط الخ.

(الأوّل) ان لايزيد الشركاء على اثنين

الغير، لايبقى الشريك شريكاً فيخرج جميع أفراد المعرّف **فلم يبق في التعريف شيء** فالمخلص(١) هو مبطل للتعريف فهو سبب لاشكالٍ اعظم، وقد عرفت المخلص أيضاً فافهم وتذكر.

ثم اني اظن عدم مناسبة هذه المضايقات في هذه التعريفات اللفظية في الفقه، التي المقصود منها، التميز في الجملة ليتذكر فيترتب عليها الاحكام بسهولة، وانما يحصل التميز بالعلم بالشرائط.

ولكن لمّا تعرض الشارح لامثالها وظننت فيه ماعرفت فخرجت من مقصود التعليق، لذلك، ولدفع الشبهة عن مثل المحقق وغيره.

والافظني **أنّ** التوجه الى مثلها والتعرض بالعبارات غير مناسب، وليس وظيفة الفقيه، بل ينبغي له ان يبذل جُهْدَه في تحقيق المسألة وتحريرها وتوضيحها مع الخفاء؛ ودليلها واثباتها لاغير، وهذا ذهلنا عما في المتن من بعض القصور، لاختصار، واحتياجه الى حذف **وتقدير شيء حتى** يظهر المراد، الله الموفق للصواب والسداد.

فلنشرع في المقصود، فنقول: دليل ثبوت الشفعة **مطلقاً هوالاجماع** مستنداً الى السنة(٢)، فلا كلام فيه.

(واما الشرائط) بحيث لا تكون الا في بعض **الموارد** الخاصة ففيها الخلاف والكلام (الاول) عدم كون الشركاء ازيد من اثنين أي الشركاء حين البيع والانتقال لما مرّ، واليه اشار بقوله: (الأوّل ان لايزيد الشركاء على اثنين الخ) وهو مذهب اكثر المتأخرين.

---

(١) يعني المخلص الذي ذكره المسالك بقوله ره: ولا مخلص من هذه الخ.

(٢) راجع الوسائل باب ١ (الى) باب ٧ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص٣١٥.

....

ودليله الأصل المقرر عقلاً ونقلاً من الكتاب(١) والسنة(٢) والاجماع وهو عدم جواز التصرف في مال احد بوجهٍ الا بطيب نفس منه ورضاه الا ما اخرجه الدليل، وقد ثبت جواز اخراج المشفوع من يد المشتري مع الشريكين فقط بالاجماع وبقي الباقي تحت المنع ويدل عليه أيضاً الروايات، مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام انه قال في المملوك: يكون بين الشركاء فيبيع احدهم نصيبه فيقول صاحبه: انا احق به أله ذلك؟ قال: نعم اذا كان واحداً لقيل (قيل خ) له: في الحيوان شفعة؟ فقال (قال ئل): لا(٣).

و رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: لا تكون الشفعة إلّا لشريكين مالم يتقاسما (يقاسما ئل)، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة(٤).

وكأنها صحيحة قالها في شرح الشرائع أيضاً اذ ليس فيها من فيه الا محمد بن عيسى بن عبيد، عن يونس بن عبدالرحمن(٥)، والظاهر على ما اظن انه لايضره ذلك لما مرّ وهو ظاهر من كتب الرجال، ولكن لاينبغي ان يقول ذلك في شرح الشرائع لانه يضعف هذا السند كثيراً، مع انها مؤيدة.

وما في مرسلة يونس (في حديث): وان زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد

---

(١) قال الله تعالى: «ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» البقرة ١٨٨ والنساء ٢٩ وقوله تعالى: ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم» النساء ٢ وغيرهما من الآيات.

(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ رقم ١٨ وص ١١٣ رقم ٣٠٩ وج٢ ص٢٤٠ رقم ٦ وج٣ ص٤٧٣ رقم ١٣.

(٣) الوسائل باب ٧ حديث ٣ من كتاب الشفعة.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٥) وسندها كما في باب الشفعة من الكافي هكذا: علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن محمد بن عيسى، عن يونس بن عبدالرحمن عن عبدالله بن سنان.

ولو باع بعض حصّته فللآخر الشفعة بكمالها

منهم(١).

ولعدم دليل صحيح صريح على الزائد، فيحمل مايتوهم دلالته، عليه.

- مثل حسنة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السّلام: فلهم الشفعة- على الأثنين(٢) فان (لهم) راجع الى الشركاء وهو جمع.

ومثل (القوم) في اخرى له(٣)، قيل: صحيحة، وفيه الكاهلي وهو عبدالله بن يحيى(٤) غير مصرّح بتوثيقه، نعم قيل: انه ممدوح، فهي حسنة، فهما في الحقيقة واحدة للانتهاء الى منصور على الاثنين قاله في الاستبصار(٥).

ولانه يصح اطلاق الجمع على الاثنين، بل على الواحد أيضاً كالقوم وان كان مجازاً للجمع بين الأدلّة او على التقية كما في ضعيفة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام: الشفعة على عدد (عدّة خ) الرجال(٦).

مع موافقتها لمذهب العامّة ومخالفتها لما هو المشهور والاكثر رواية وقائلاً، وظاهر الكتاب(٧) والسنة والاجماع من عدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب النفس منه(٨).

قوله: «ولو باع بعض حصته الخ» يعني لو باع الشريك بعضاً من

---

(١) راجع الوسائل باب ٧ ذيل حديث ٢ من كتاب الشفعة ج ١٧ص٣٢١.

(٢) الوسائل باب ٤ ذيل حديث ١ من كتاب الشفعة وقوله: (على الاثنين) متعلق بقوله: (فيحمل).

(٣) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من كتاب الشفعة، قال: قلت لابي عبدالله: دار بين قوم اقتسموها الخ.

(٤) سندها كما في الكافي-باب الشفعة-هكذا: محمدبن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم عن الكاهلي، عن منصور بن حازم.

(٥) الاستبصار ج ٣ باب العدد الذين تثبت بينهم الشفعة ص ١١٧ رقم ٦-٧.

(٦) الوسائل باب ٧حديث٥من كتاب الشفعة.

(٧) قال الله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم» النساء-٢٩.

(٨) تقدم مصدره آنفاً.

ولو مات الشفيع قبل الأخذ فللورثة المطالبة.
ولو عفى احدهم فللباقي اخذ الجميع او الترك.

حصته فلشريكه أن يأخذ جميع ماباعه لاجميع حصته، وليس له ان يأخذ البعض من المبيع ويترك البعض، للزوم التشقيص الممنوع منه عندهم.

وليس للمشتري أيضاً منعه من البعض بسبب شركة البايع، اذ الشفيع لابدّ ان يكون غير البايع، وتحقق دليل الشفعة، معلوم مع عدم المانع.

قوله: «ولو مات الشفيع الخ» اشارة الى ما اشرنا اليه، من ان شرط اثنينية الشريك انما هو عند الانتقال بالبيع، فلا يضرّ كثرته بعده.

فلو مات الشفيع قبل أخذه بالشفعة وبعد الاستحقاق وقبل بطلانه فللورثة أن يأخذوا بالشفعة على قدر حصتهم من الارث وبنسبتها.

ولو ترك بعضهم وعفا لم يسقط حق الباقين، بل لهم الأخذ، ولكن أخذ الجميع أو تركه.

وليس لهم أخذ حصّتهم فقط، للزوم التشقيص والتبعيض الممنوع منه عندهم.

فتأمّل فان الأصل والاستصحاب يقتضي جواز أخذ الحصّة فقط.

ولعل عدم التبعيض مجمع عليه، والا فالقول به متوجّه، اولا قائل به ظاهراً فالعدول عنه مشكل لعدم الشريك.

فيحمل ماورد في رواية طلحة بن زيد، عن علي عليه السلام انه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: لايشفع في الحدود ـ كأنه المقسوم ـ وقال: لا تورث الشفعة(١) على التقيّة مع ضعف السند بطلحة، لانه بتري مع اشتراك محمد بن

---

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الشفعة، ومتن الحديث هكذا: عن طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: لاشفعة الا لشريك غير مقاسم وقال: ان رسول الله صلّى الله عليه ←

(الثاني) انتقال الحصّة بالبيع، فلو انتقلت بالهبة أو بغيرها (غيرها خ) من العقود لم تثبت الشفعة، سواء تضمّن العقد عوضاً أو لا.

يحيى(١) او بعد التأخر(٢) والابطال وغير ذلك، هذا على القول بعدم البطلان، وهو قول السيّد ومن تابعه.

وقيل بالبطلان وهو قول الشيخ.

ودليل الطرفين واضح بعد ماتقدم.

ولعل الثاني أظهر، لما مرّ من أن الأدلّة العقليّة والنقليّة الدالّة على المنع، ورواية طلحة المتقدمة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك، اذ شمول آية الارث(٣) له غير ظاهر، فتأمل.

قوله: «الثاني انتقال الحصّة الخ» دليله ماتقدم، واجماع الاصحاب المستند الى الاخبار مثل رواية هارون بن حمزة الغنوي، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ كأنها حسنة ليزيد بن اسحاق الشعر في سندها ـ قال: سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك وقد يعرض على الجار، وهو أحقّ بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو احق بها من غيره بالثمن(٤)، وغيرها.

وآله قال: لايشفع في الحدود، وقال: لا تورث الشفعة وقوله قده: كأنه المقسوم يريد به تعيين حدود مورد الشفعة بين الشركاء.

(١) وسندها كما في التهذيب ـ باب الشفعة ـ هكذا: أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن يحيى، عن طلحة بن زيد.

(٢) عطف على قوله قده: (على التقية).

(٣) آيات الارث اكثرها في اوائل سورة النساء و بعضها في آخرها فلاحظ، فكأنه قده يريد ان آيات الارث غير شاملة للحقوق.

(٤) الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(الثالث) كون المبيع ممّا لاينقل ولايحوّل كالارضين والبساتين والدور، ولا تثبت فيما ينقل كالا ثاث والحيوان على رأي.

ونفي في صحيحة ابي بصير، عن ابي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة على بيت في دار له وله في تلك الدار شركاء؟ قال: جائز له ولها، ولاشفعة لاحد من الشركاء عليها(١) الشفعة(٢).

ولايضر عدم العموم فيها، وعدم الصحّة في الأولى، لانه مؤيّد لما تقدم.

قوله: «الثالث كون المبيع ممّا لاينقل الخ» في هذا الشرط خلاف كثير، نقل عن بعض عدمه، فيجوز في كل مبيع، وعن البعض شرط الآ في العبد والأمة فانه يجري فيهما وهو خيرة المختلف.

دليل المذكور المشهور بين المتأخرين، ماشير اليه من أن الأدلة من العقل والنقل، كتاباً، وسنة، **واجماعاً** دلّت على عدم الجواز، وخرج مالاينقل مطلقاً بالاجماع بقي الباقي تحت المنع بالدليل القوي المفيد لليقين.

ويؤيّده ماورد من نفي الشفعة في السفينة والبئر والطريق في رواية السكوني(٣) وعن الحيوان في رواية سليمان بن خالد(٤).

و رواية عقبة بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله بالشفعة بين الشريكين (الشركاء-كا يب ئل) في الأرضين والمساكن، وقال: لاضرر ولاضرار، وقال: اذا ارّفت الارف(٥) وحدّت الحدود فلا

---

(١) يعني نفي الشفعة في صحيحة أبي بصير، عن المهر.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب الشفعة وفيها: (النهر) بدل **(البئر)**.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ٦ من كتاب الشفعة.

(٥) الأرف جمع أرفة مثل غرفة وغرف وفي النهاية: ويقال بالثاء المثلثة أيضاً وفيه قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله بالشفعة مالم يؤرف أي مالم يقسّم المال ويحدّ (مجمع البحرين).

....

شفعة(١).

وما في صحيحة الحلبي(٢) ـ المتقدمة ـ.

وفيها دلالة على وجودها في المملوك ، حملها المصنف في المختلف على العبد والأمة وهو دليله فيه مع رواية عبدالله بن سنان، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: المملوك بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال احدهم: انا أحقّ به أله ذلك ؟ قال: نعم اذا كان واحداً(٣).

و يمكن ان يقال: (المملوك) عامّ، وما تقدم ـ من نفي الشفعة في الحيوان والبئر(٤) والطريق والسفينة ـ خاصّ (فيقيّد المملوك) بغيرها.

بل الظاهر عدم القائل بغير هذه الاربعة، فيمكن حمل المملوك على المملوك الذي لاينقل كما مرّ، فان المملوك ليس بصريح في العبد والأمة، مع قلّة القائل به، وما تقدم،على ان مذهب (المذهب خ) المختلف وجه، لصحة هذه الرواية.

وحمل الشيخ منع الشفعة ـ في الحيوان فيها ـ على ان يكون الشركاء اكثر من اثنين لثبوتها فيه في رواية يونس، عن بعض رجاله، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الشفعة لمن هي؟ وفي أيّ شئ هي؟، ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة في كل شئ من حيوان أو أرض أو متاع اذا كان الشئ بين شريكين لاغيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره، وان زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم(٥)، وهذه الرواية دليل

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٢) تقدمت آنفاً وراجع الوسائل باب ٧ حديث ٣ من كتاب الشفعة.

(٣) الوسائل باب ٧ حديث ٤ من كتاب الشفعة.

(٤) قد عرفت ان في الوسائل (النهر) بدل (البئر).

(٥) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

وتثبت في النخل والشجر والبناء تبعاً للارض لا في الثمرة وان كانت على الاصل وبيعا معاً.

ذلك المعمّم.

وانت تعلم عدم صحّة السند للارسال والقطع الى يونس مع جهالة حاله، ومثلها لايعارض ماتقدم، ويمكن حملها على التقيّة أيضاً، فالعموم لاوجه له، والتاويل المذكور بعيد لعدم مناسبة التخصيص، اذ لاشفعة مع الكثرة في الحيوان وغيره، على انه لايمكن في صحيحة الحلبي المتقدمة لانه نفاها عن الحيوان مع التقييد بالواحد فيها، نعم لمذهب المختلف وجه بتخصيص الحيوان في صحيحة الحلبي(١) بغير العبد والأمة وتقييدها بالشريكين فقط لما مرّ.

ولصحيحة عبدالله بن سنان ـ في الفقيه ـ قال: سألته عن مملوك بين شركاء اراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قال: قلت: فانهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع، قال له شريكه: اعطني قال: هو احق به ثم قال عليه السلام: لاشفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك (فيه ثل) رقبة واحدة (واحداً ثل)(٢).

والقول بالعموم في الحيوان، وتقييد مافي رواية الحلبي باكثر من اثنين ليس بجيّد لما تقدم، و لعدم صراحة هذه في العموم فافهم.

فقوله: (على رأي) يمكن كونه اشارة الى خلاف المعمّم، وخلاف المختلف.

قوله: «وتثبت في النخل الخ» ثبوتها في المذكورات ـ تبعاً للأرض التي هي فيها ـ غير بعيد لحكم العرف بالتبعية، فانها كالجزء وداخلة في البستان.

---

(١) الوسائل باب ٧ حديث ٣ من كتاب الشفعة.

(٢) الوسائل باب ٧ حديث ٧ من كتاب الشفعة.

(الرابع) ان يكون المبيع ممّا يصح قسمته، فلا شفعة فيا لايصح قسمته كالحمّامات والدكاكين الضيقة والطرق الضيّقة على رأي.

ولان المسكن في بعض الاخبار(١) يشمل الابنية والحيطان.

وكذا الدور(٢) والربع(٣) في رواية العامة، ويمكن عدم الخلاف فيه أيضاً.

بخلاف الثمرة، فانها أصل برأسها لا تدخل في بيع النخل فيسقط قسط الثمرة - اذا بيعت مع النخل - عن الثمن ويأخذ غيرها بباقيه، وطريق التقسيط واضح، وقد تقدم.

قوله: «الرابع ان يكون الخ» هذا شرط عند اكثر علمائنا ويمكن الاستدلال عليه بما تقدم من ان الدليل قائم على العدم، خرج المنقسم بالاجماع وبعض الاخبار(٤)، يبقى الغير تحته مع عدم دليل صحيح صريح يفيد العموم.

ويؤيده ماقال في الكافي - بعد مرسلة يونس -: و روى أيضاً الشفعة لا تكون الاّ في الأرضين والدور فقط(٥).

والوقوف، مع الدليل الأوّل، والشهرة غير بعيدة اختاره المصنف بقوله: (على رأي) مشيراً الى الخلاف.

واستدل في التذكرة برواية السكوني المتقدمة: لاشفعة في السفينة، ولافي

---

(١) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٢) سنن أبي داود ج ٣، باب الشفعة ص ٢٨٦ مسنداً عن سمرة عن النبيّ صلّى الله عليه (وآله) و سلم قال: جار الدار احقّ بدار الجار أو الأرض.

(٣) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٥ - باب الشفعة - طبع مصر مسنداً عن جابر قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لايصلح ان يبيع حتى يؤذن شريكه، فان باع فهو احقّ به حتى يؤذنه.

(٤) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٥) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

ولو كان الطريق والنهر ممّا لايتضرر صاحبه بالقسمة تثبت الشفعة.

البئر ولا في الطريق(١)، وليس المراد في الأخيرين مع السعة أيضاً بالاتفاق فيكون مع الضيق.

وبأنّ تجويز الشفعة في الأوّل ليس بمضرّ للبايع وان كان، فهو فعله بنفسه، لعدم القسمة ثم البيع مع قدرته عليه، بخلاف الثاني فانه لم يقدر على القسمة، فلو جوّز الشفعة يمكن ان لايرغب أحد في الشراء فتأمّل فيهما.

وقال أيضاً في التذكرة: قيل: المراد بالمنقسم مايتجزّأ وينقسم وينتفع باجزائه الانتفاع المطلوب منه في حال عدم القسمة كقسمة الحمّام الكبير بحيث يصير حمّامين، ولاعبرة بوجود الانتفاع من وجه آخر، وقيل: مالاينقص قيمته نقصاناً فاحشاً، وقيل: انه الذي يبقى منتفعاً به بعد القسمة بوجه مّا، فاما مايخرج عن الانتفاع بالكلّية فهو لاينقسم(٢).

وما رجح(٣) شيئاً، وهو هنا ضروري حيث علم الاشتراط.

والأوسط غير بعيد، لأنّ الضرر العرفي منفيّ عقلاً و شرعاً.

وكأنه اليه اشار في المتن بقوله: ممّا لايتضرّر صاحبه بالقسمة الخ.

ولعل مراده بالمبيع في قوله: (ان يكون المبيع ممّا يصح قسمته) الحصّة المبيعة مع الغير المبيعة أي الجميع والكل، تسمية للكل بوصف الجزء أو يريد بتقسيمه افراده وتمييزه وحده عن الباقي، وهو الأظهر والأقرب.

---

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب الشفعة وفيه: لاشفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق وزاد بطريق الصدوق: ولا في رحى ولا في حمّام.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة نقلاً بالمعنى وقد لخّصها الشارح قده فراجع أوائل بحث الشفعة منها.

(٣) يعني مارجح العلامة شيئاً من هذه الاقوال والحال أنّ الترجيح هنا ضروريّ الخ.

(الخامس) ان يكون البايع شريكاً بالجزء المشاع فلو قسم وباع فلا شفعة.

نعم تثبت بالشركة في النهر والطريق والساقية وان تميّز بالقسمة.

قوله: «الخامس ان يكون الخ» دليله ماتقدم من الدليل العام والروايات.

مع رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: اذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة(١) ورواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: الشفعة لا تكون الا لشريك لم يقاسم(٢).

ولايضرّ عدم صحّة سند الروايات لانّ الدليل العام كاف.

قوله: «نعم تثبت الخ» يعني لو كان الدور والأرض منقسمة، ويكون الشركة في طريقها او نهرها تثبت الشفعة في الكلّ بسبب تلك الشركة اذا كان البيع واقعاً على جميع الحصّة بين الدار والأرض مع الطريق والنهر.

والظاهر أن ليس كون المشترك مثل الطريق والنهر والساقية هنا، قابلاً للقسمة بشرطه، اذ الشفعة ليست فيها فقط، بل في الدار والأرض وهما قابلان لها، وانما تكون فيهما بالتبع وان سبب دخول الشفعة فيها شركتها.

ومن هذه الجهة يمكن الاشتراط، ودليله عامّ.

وهو رواية منصور بن حازم، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها فأخذ كلّ منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة، فيها ممرّهم، فجاء

---

(١) الوسائل باب ٣ حديث ٤ من كتاب الشفعة.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ٦ من كتاب الشفعة وفيه، عن أبي العباس وعبدالرحمن بن أبي عبدالله جميعاً قالا سمعنا أبا عبدالله عليه السلام يقول الخ.

(السادس) قدرة الشفيع على الثمن، فلو كان عاجزاً عنه بطلت شفعته.

رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك؟ قال: نعم ولكن يسدّ بابه ويفتح باباً الى الطريق أو ينزل من فوق البيت ويسدّ بابه، وان (فان ثل) أراد صاحب الطريق بيعه فانهم أحقّ به والا فهو طريقه يجيء (حتى ثل) يجلس على ذلك الباب(١).

قال في التذكرة: انها صحيحة، وفيها تأمل لوجود الكاهلي(٢) في الطريق وما صرّحَ بتوثيقه، بل مدح وكان شيعةً فهي حسنة.

ودلالتها أيضاً غير واضحة، بل يدل على ثبوت الشفعة في الطريق فكأنه، نزلت على بيع الطريق مع الدار أو على سعتها.

نعم يدل على المطلوب حسنته أيضاً، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار و(ما يب) حول بابها الى الطريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة(٣).

وهما اللتان استدلّ بهما على الشفعة لاكثر من واحد فقد مرّ جوابه فتأمّل.

قوله: «السادس قدرة الشفيع الخ» دليل اشتراط القدرة في الشفعة على الثمن -ولو بالقرض وبيع شيْ آخر وسقوطها مع العجز- يمكن ان يكون اجماعاً.

وانها خلاف الأصل خرج الباذل الغير المماطل بالاجماع، بقي الغير تحت المنع.

---

(١) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

(٢) وسندها -كما في الكافي- باب الشفعة- هكذا. محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن الكاهلي، عن منصور بن حازم.

(٣) الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب الشفعة.

وكذا لو ماطل أو هرب.

ولو ادعى غيبة الثمن أجّل ثلاثة أيام فتبطل ان لم يحضره فيها، ولو ذكر غيبته في بلد آخر أجّل قدر وصوله اليه و ثلاثة أيّام مالم يتضرر المشتري.

والضرر على المشتري او البايع، المنفيّ عقلاً ونقلاً.

وكذا دليل البطلان بالمماطلة مع الوجدان، فانه كالعجز، بل أقبح.

وكذا الهرب بعد البيع لئلاّ يعطي الثمن معها.

ولكن ينبغي ان يكون المراد بالمماطلة والعجز، الى وقت يضرّ بحال المشتري أو البايع عرفاً، الصبر اليه ولو كان قليلاً.

ويؤيّده جواز الصبر ثلاثة ايام مع دعوى غيبة الثمن، وصبر الثلاثة أيّام بعد مدّة الرواح الى بلد الثمن ومجيئه لو ادّعى كونه في بلد آخر غائب بشرط عدم تضرّر المشتري بذلك.

ودليل ذلك -بعد الشهرة التي كادت ان تكون اجماعاً حيث لم يظهر المخالف- رواية علي بن مهزيار، قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرضٍ فذهب على أن يحضر المال، فلم ينضّ فكيف يصنع صاحب الأرض ان أراد بيعها؟ أيبيعها أو ينتظر مجيئ شريكه صاحب الشفعة؟ قال: ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فان أتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وان طلب الأجل الى أن يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار مايسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيّام اذا قدم، فان وافاه، والا فلا شفعة - له(١).

ولكن ظاهر الرواية غير مقيّد بعدم الضرر، وانها ظاهرة في كونها قبل

---

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(السابع) المطالبة على الفورعلى رأي، فلو أخلّ بها مع قدرته بطلت.

البيع.

وان الذي ينتظر هو الشريك الذي يريد ان يبيع المشتري لابعد البيع.

وظاهر المتن وغيره هو الثاني فكأنهم قيّدوا بعدم الضرر، لأنه منفي بالعقل والنقل.

ولكنه غير ظاهر لانا نجد وقوعه في الشرع كثيراً، فليس له ضابط واضح خصوصاً مع وجود النص.

وانهم قاسوا حال المشتري بالبايع.

وفيه تأمّل الا انه لايظهر الخلاف فيا ذكروه فينبغي الوقوف معه وان كان فيه مافيه.

ويؤيد التامّل في الصبر هذا المقدار، كونها فورية ويمكن اثبات العجز باقراره، وقد يعلم من حاله، ولكن حينئذٍ اذا ادعى العدم يقبل.

قوله: «السابع المطالبة الخ» كأن المراد بها أخذ الشفعة كما قال في شرح الشرائع وفي جعلها من شرائط الشفعة التي هي الاستحقاق مسامحة، اذ هي شرط وقوعها وعدم بطلانها، والأمر في ذلك هيّن.

والدليل عليه، كأنه ماتقدم من الدليل العام والا خرج بالاجماع كونها على الفور، وليس هنا دليل صريح صحيح يصلح للخروج عن ذلك الدليل.

قال في التذكرة: وهو المشهور عند أصحابنا.

ودليل عدم الفورية ثبوتها **مطلقاً** بالاجماع والاخبار الكثيرة المتقدمة من غير توقيت في شئ منها، بل ظاهرها العموم.

وأيضاً الاصل بقائها بحكم الاستصحاب، ولان في الصبر الى مضيّ ثلاثة

ولو أخلّ لعذر عنها وعن التوكيل او لعدم علمه او لتوهم كثرة الثمن او لتوهم نقد معيّن أو جنس بعينه لم تبطل.

أيّام- في ادعاء غيبة الثمن ومدّة الرواح والمجيئ الى بلد المال ثم الصبر ثلاثة أيّام أخر- دلالة على عدم الفور، اذ يبعد تأخير ماهو في الأصل فوريّ، الى تلك المدّة بمجرد دعواه ان الثمن ليس بحاضر، وهو ظاهر.

ولكن قد عرفت ما في دليل الصبر من عدم الانطباق.

ثم إن الظاهر على تقدير الفوريّة البطلان لو تأخر عن الثلاثة، لما مرّ في رواية علي بن مهزيار: فان وافاه والّا فلا شفعة له(١) فانها دلّت على البطلان في الحال بعد الثلاثة.

وقد جعل ذلك في التذكرة دليل الفوريّة، إذ على عدم الفوريّة كان بطلانه موقوفاً على الفسخ، وليس بواضح.

ويمكن البطلان بمضي زمان يعلم مع ذلك عدم ارادة المطالبة عادة وعرفاً، وهو احد الاحتمالات الخمسة المذكورة للشافعي في التذكرة فتأمّل.

قوله: «ولو أخلّ لعذر عنها الخ» من العذر، المرض المانع، ووجوب امر ضروريّ مثل الصلاة، بل الاشتغال بها وان كانت مندوبة، قاله في التذكرة، ووقوع طفل في مهلكة، والعجز عن التوكيل وعدم حضور من هو قابل لذلك وغير ذلك.

وكأنه من العذر، عدم العلم بالفوريّة، واعتقاد عدم القدرة ثم تبيّن القدرة بوجود مال له.

وكذا الكون في الحمّام والاشتغال بالأكل وقضاء الحاجة.

بل قال في التذكرة: له ان يبدء بالأكل في وقته وقضاء الحاجة ولايجب

---

(١) الوسائل باب ١٠ ذيل حديث ١ من كتاب الشفعة.

....

الاقتصار في الصلاة على الواجبات، بل له ان يتممّها مع المندوبات، ولكن ينبغي أن يقول في مثل هذه المواضع: أخذت بالشفعة ثم بعد زوال العذر يمشي الى المشتري ولايحتاج الى العدو وتحريك الدابّة، بل يكفي الذهاب عادة قاله في التذكرة.

وقال أيضاً: اذا مشى عنده، له ان يسلّم أوّلاً ثم يطلب، وله ان يقول: بارك الله لك في صفقة يمينك ونحوه ولايضرّ بالفوريّة فتأمّل.

ثم إن ظاهر كلامهم انه يجب كون المطالبة بحضور المشتري دون الشريك أو الحاكم أو العدلين، لان ذلك غير شرط عند أصحابنا صرّح به في التذكرة للأصل وعدم الدليل، وانه يقبل ذلك منه بغير بيّنة، ويحكم له بالشفعة الا مع اخلاله بالشرائط.

وما ذكروا وجوب الأخذ عند العذر(١) بينه وبين الله، ولاالاشهاد والحاكم، ويمكن ذلك مع الإمكان خصوصاً مع عدم المشقّة.

بل قالوا: لو كان قادراً على التوكيل وترك، تبطل.

ونقل عن الشيخ: انه لو ترك مطالبة المشتري -مع الإمكان واكتفى بالاشهاد- لم تبطل لعدم الدليل.

وقال: لو ترك وطلب عند الحاكم لم يبطل مع القدرة على الطلب من المشتري، وهو يدلّ على عدم التعيين عند المشتري.

على انهم ماذكروا دليلاً على وجوب كون المطالبة عند المشتري فلم لايجوز الاكتفاء بالمطالبة بينه وبين الله ثم اخبار المشتري بها خصوصاً مع العذر ويقبل تلك الدعوى منه ونفيه.

---

(١) الظاهر ان المراد ان آخذ الشفعة لو كان معذوراً أن يأخذها بحضور المشتري لم يذكروا وجوب أخذها بينه وبين الله الخ.

والمحبوس على حقّ، معذور مع عجزه لابدونه.

والمجنون والصبي معذوران مع إهمال الولي لغير المصلحة، لالها.

وليس بواضح إلّا ان الظاهر من كلام الأكثر أنه مقرّر ثابت عندهم، لأنّهم يوجبون المشي اليه ولم يجوّزوا التأخير ويجعلونه معذوراً مع اشتغاله بالصلاة ونحوها، ومع كونه محبوساً وغير ذلك.

وهذا كله فرع وجوبه عند المشتري واشتراط حضوره ويوجبون المشي بعد زوال العذر بلا فصل عرفيّ، وكل ذلك فرع ماتقدم، مع عدم ظهور الدليل.

وقال في التذكرة: لايشترط لتملك الشفيع بالشفعة حكم الحاكم، ولاحضور الثمن، وحضور المشتري ورضاه عند علمائنا.

وقال في موضع آخر: ولايتوقف الأخذ بالشفعة على رضا المشتري.

إلّا ان يحمل على بعض الأوقات، وذلك كاف، لصدق عدم الاشتراط ولكن سوق الكلام غير ذلك فتأمل.

قوله: «والمحبوس الخ» يعني لو حبس الشفيع ظلما ـ سواء كان بغير حق او حق عاجز عن أدائه ـ فهو معذور في ترك المطالبة بنفسه بالمشي الى المشتري.

ولكن الظاهر أنه غير معذور في عدم التوكيل مع عدم العجز عنه وعن الأخذ بينه وبين الله ان كان واجباً.

واما اذا كان بحق قادر عليه فليس بمعذور، بل يبطل شفعته ويأثم بالتأخير في الحبس وهو ظاهر.

قوله: «والمجنون والصبي الخ» يعني ان الوليّ قائم مقام المولّى عليه في أخذ الشفعة لكونه بمنزلة نفسه، وكأنه لاخلاف فيه.

مستنداً الى رواية السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس لليهود والنصارى(١) **شفعة، وقال: لاشفعة** الا لشريك غير مقاسم، قال: وقال أميرالمؤمنين

---

(١) لليهودي والنصراني ئل.

ولو قدم الغائب العاجز عن الحضور والوكالة، كان له الأخذ، وان تطاول دهره ولم يشهد مع امكانه، ولايجب تجاوز العادة في المشي.

ولاقطع العبادة المندوبة، ولا ترك الصلاة بعد دخول وقتها.

عليه السلام: وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة اذا كان له رغبة فيه، وقال: للغائب شفعة(١).

ولايضرّ عدم الصحّة، لأنها مقبولة ومؤيّدة.

وفيها أحكام أخر، مثل عدم الشفعة للكافر ـ كأنه يريد، على المسلم ـ، وكون الأب وليّاً، وكون الوصي مثله في جميع الأمور حتى في أخذ الشفعة.

وان ترك الولي مع المصلحة في أخذه لايسقط الشفعة، بل للمولّى عليه بعد الاستحقاق، الأخذ بالشفعة.

وأما ان تركها مع المصلحة فتسقط مثل ماترك المالك بنفسه.

ويمكن ان يكون اهمال الولي مع المصلحة حراماً فيسقط العدالة، والولاية المشترط بها مع القول به ان كان كبيرة او مع الاصرار، والظاهر العدم، للأصل.

قوله: «ولو قدم الغائب الخ» قد مرّ ان الذي عجز عن الوكالة والحضور بعينه (بغيبته خ) ونحوها، معذور.

وانه اذا زال وحضر من غير تأخير مانع، كان له الأخذ وان كان مدّة متطاولة وهو ظاهر وان ترك الاشهاد ـ مع امكان الاشهاد له ـ فانه غير واجب للأصل، فان الأصل عدم وجوب شيءٍ الا المطالبة عند المشتري، التي هو شرط لحصول الشفعة، كأنه للاجماع وقد مرّ التأمّل فيه.

قوله: «ولاقطع العبادة الخ» للأصل، وللعرف القاضي بأنّ مثل هذه لايضرّ بالفورية في مثل هذه.

---

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

(الثامن) اسلام الشفيع ان كان المشتري مسلماً فلا تثبت للكافر وان كان ذمّياًعلى المسلم، ولااعتبار بالبايع.

كأنه لاخلاف فيه عندهم مع الخلاف للعامّة في قطع الصلاة النافلة.

وكذا له الاشتغال بالصلاة الواجبة مع دخول وقتها في أوّل وقتها، وقيل: له اتمامها مع مندوباتها، وانتظار الجماعة، ودفع الحرّ والبرد المفرطين، وانتظار الصبح لو كان ليلاً وقضاء الوطر في الحمّام لو سمع فيه، ولبس الخف وغلق الابواب، والسلام على المشتري وتحيته بالمعتاد مع غيبة المشتري، ومع الحضور يجب الطلب في الحال.

وقيل: المرجع هو العرف، وفيه تأمّل لأنّه غير ظاهر في امثال ذلك، مع إن الفوريّة اللغويّة واصطلاح الاصول المتداول بين الفقهاء ينافي كثير ماتقدّم. نعم ان كان هنا -بمعني آخر- اصطلاح او اجماع لاينافي ذلك، فهو شيْ يعرفونه.

قوله: «الثامن اسلام الشفيع الخ» قال في التذكرة: يشترط في الأخذ بالشفعة، الاسلام ان كان المشتري مسلماً فلا يثبت الشفعة للذمي على المسلم، ويثبت للمسلم على الذمي، وللذمي على مثله، سواء تساويا في الكفر أو اختلفا ولو كان أحدهما حربيا، ذهب اليه علماؤنا(١).

فدليل الشرط هو الاجماع المستند الى قوله تعالى: وَلَن يَجعَلَ اللهُ للكافِرِينَ علَى المؤمنينَ سَبيلاً(٢).

ورواية السكوني المتقدمة(٣)، ولايضرها عدم صحّة السند، ولاشمولها لعدم الشفعة على مثله ايضاً، لانه يخصّص للاجماع، وعموم سائر الأدلة.

ولاعدم شمولها لجميع اقسام الكفار بالطريق الاولى بالنسبة الى الحربيّين،

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة. (٢) النساء - ١٤١.

(٣) تقدمت عند شرح قول الماتن ره: والمجنون والصبي الخ من كتاب الشفعة.

وتثبت للمسلم والكافر، على الكافر.

«الفصل الثاني في الأحكام»

يستحق الشفيع الأخذ، بالعقد.

وان اشتمل على خيار البايع، فبعد انقضائه.

بل بالنسبة الى غيرهما من الذين لهم شبهة كتاب لان صاحب الكتاب اولى من المشابه بهم وهو ظاهر.

ومعلوم عدم الاعتبار بالبايع يعني اذا كان المشتري كافراً والبايع مسلماً يجوز كون الشفيع كافراً، اذ لااعتبار بالبايع، فان المأخوذ منه الذي يتسلط عليه الشفيع هو المشتري لاالبايع فلا يشمله الآية والسنة(١) ولادليل غير ذلك.

وثبوتها للمسلم على الكافر ظاهر، وهو عموم الأدلّة مع عدم المانع.

وكذا ثبوتها للكافر على الكافر مع الاجماع المتقدم المفهوم من التذكرة فتذكر.

قوله: «الفصل الثاني في الأحكام الخ» أي يستحق بمجرد العقد مع الشرائط المتقدمة وليس بموقوف على حكم الحاكم والشاهد كما مرّ، بل حضور المشتري أيضاً، لما مرّ وفيه التأمل.

ولاعلى حضور الثمن وغير ذلك فيأخذها إمّا بالفعل، بأن يأخذ الحصّة ويدفع الثمن الى المشتري أو يرضى بالصبر فيملكه حينئذ، وامّا باللفظ كقوله: أخذت او تملكت أو نحو ذلك.

قوله: «وان اشتمل الخ» اشارة الى انه لايبطل بالتأخير وان كان فورياً ويملكه المشتري في زمان خيار البايع لعدم استقرار الملك، اذ لو أخذه قبل انقضائه فقد يأخذه البايع فيصبر حتى يمضي زمان الخيار فيأخذه.

---

(١) يعني آية نفي السبيل وخبر السكوني المتقدم.

ولايملك الّا بالأخذ. وانّما يأخذ الجميع أويترك .

ويأخذ بما وقع عليه العقد.

وان بيع (يبايعه خ) باضعاف ثمن المثل وابرء المشتري من اكثره، حيلة، لسقوطها ولايلزمه غيره من دلالة وشبهها.

قوله: «ولايملك الخ» يعني بمجرد الاستحقاق لايملك، بل لابدّ من الأخذ وهو امّا بالفعل أو القول كما تقدم عند علمائنا، ذكره في التذكرة.

قوله: «وانّما يأخذ الجميع أويترك » أي ليس له التبعيض لانه عيب فامّا ان يأخذ جميع المبيع اويترك الجميع.

قوله: «ويأخذ بماوقع عليه العقد» يعني لايجوز ولايلزمه الأخذ بقيمة الشقص ولابالثمن مع ماغرم، بل بما وقع عليه العقد فقط كائناً ماكان، فان كان مثلياً يأخذ بالمثل، فان تعذر او كان قيمياً فبالقيمة وقت العقد لأنه وقت الانتقال اليه.

دليله انه انما يأخذه عن المشتري من غير رضاه وعقد جديد، بل شرع له بالعقد الأوّل، فهويصير مثل المشتري، فكأنه الذي اشترى، لأنه الأحقّ.

ولما في رواية العامّة(١) والخاصّة مثل مافي رواية الغنوي ـ المتقدمة ـ: فهو أحق بها (من غيره خ) بالثمن(٢)، ومعلوم انّه الذي وقع عليه العقد.

قوله: «وان بيع (يبايعه خ) بثمن المثل الخ» كأنه اشارة الى دفع توهم أنه لو كان زيادة عن القيمة لايلزمه الا القيمة، خصوصاً اذا كانت حيلة وابرأ ذمّة المشتري لاسقاط الشفعة و(حيلةً) تميز و(لسقوطها) علّة الحيلة، والضمير(٣) راجع

---

(١) راجع سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٦ طبع مصر باب في الشفعة.

(٢) الوسائل باب ٢ قطعة من حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٣) يعني في (لسقوطها).

و زيادة في مدة الخيار.

ولو دفع عرضاً يساوي بعض الثمن أخذه الشفيع بالمسمى.

ولو ضم المشفوع بغيره، أخذ المشفوع بالحصة، ولاخيار للمشتري.

الى الشفعة.

قوله: «وزيادة في مدّة الخيار» اشارة الى ردالقول: بان هذه الزيادة محسوبة من الثمن، لانه لعدم ابطال البيع فكانه جزء الثمن، اذ به يتم البيع خصوصاً على القول بعدم الانتقال الا بعد مضي زمان الخيار.

واشار اليه في القواعد، قال: ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم يلحق الزيادة وان كان في مدّة الخيار على رأي.

قوله: «ولو دفع عوضاً الخ» أي لو اشترى بثمن ثم أعطاه عوضه عَرَضاً ومتاعاً يسوي بعض الثمن، ورضي البايع ـ ليس للشفيع الا الأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وسمي عنده، لاقيمة العرض.

قوله: «ولو ضم المشفوع الخ» أي لو باع شقصاً فيه الشفعة منضمة الى مالاشفعة فيه، مثل مالاينقسم، او ثوب بناء على عدم الشفعة فيهما كماهو رأيه، فللشفيع أخذ مافيه الشفعة بقسطه من الثمن.

والتقسيط ظاهر كما مرّ، وترك الآخر، وليس له أخذ ذلك أيضاً لعدم الشفعة فيه ولايثبت بذلك الخيار للمشتري، للتبعيض، لأنه ادخله على نفسه بمجرد الشراء فان شراء مافيه الشفعة مع غيره، مستلزم لتجويز التبعيض على نفسه، لما تقرر(تقدم خ)من الشفعة.

ولكن يمكن ذلك اذا ادّعى كونه جاهلا وَقُبِلَ منه فيثبت له الخيار واليه اشار المحشي(١).

---

(١) لم نعثرعليه في المسالك إن كان المرادمن المحشي هو، فتتبع.

فان كان الثمن مثلياً دفع المثل، والا، القيمة على رأي، ويعتبر يوم العقد.

قوله: «فان كان الثمن الخ» اشارة الى عدم الشفعة حينئذٍ عند البعض، مثل الشيخ في الخلاف مدّعياً فيه الاجماع والمصنف في المختلف.

لعلّ دليله ماتقدّم غير مرّة.

ويؤيده رواية علي بن رئاب، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى داراً برقيق، ومتاعٍ، وبزّ، وجوهر؟ قال: ليس لأحدٍ فيها شفعة(١).

ولايضرّ وجود الحسن بن محمد بن سماعة(٢) الواقفي مع قطع الطريق(٣) اليه، لأنه مؤيد لدليل الاقتصار ـ فيا هو خلاف الادلة اليقينيّة ـ على موضع الوفاق مع عدم دليل صحيح صريح سالم عن شئ دال على ثبوتها في كل بيع وكثرة وقوع البيوع بالنقدين فيحمل مايدل على العموم عليه.

ويؤيده مافي حسنة هارون: فهو أحقّ بها من غيره بالثمن(٤).

فانه ظاهر في أحد النقدين.

ولايضرّ أيضاً عدم التصريح بالمانع من عدم جواز الشفعة في رواية الحسن، فيجوز ان يكون السبب كونها غير مشتركة مع الغير أو غير قابلة للقسمة أو غير ذلك من موانع الشفعة، فانها كثيرة كما قال في شرح الشرائع، لانها ظاهرة في ان السبب

---

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الشفعة وفيه (بزّ) بالزاء بدل (برّ) بالراء المهملة.

(٢) سندها كما في التهذيب ـ باب الشفعة ـ هكذا: الحسن بن محمد بن سماعة عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رئاب.

(٣) لايخفى ان للشيخ طريقاً اليه كما في مشيخة التهذيب، وطريقه هكذا وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعة فقد اخبرني به احمد بن عبدون عن أبي طالب الأنباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة.

(٤) الوسائل باب ٢ ذيل حديث ١ من كتاب الشفعة وليس فيه لفظة (من غيره).

هو مابيعت به الدار ليتبادر الى الفهم.

ولترك التفصيل وسلب الشفعة (لأحد) وهو بعمومه وعلى اطلاقه لم يصح الا ان يكون السبب ماذكرناه الذي فهمه الشيخ والجماعة، مثل العلاّمة وهو ظاهر.

فلا يرد قوله في شرح الشرائع: والأعجب من ذلك دعوى أنها نصّ في الباب مع انها ليست بظاهرة فضلاً عن النصّ.

وقد أيد أيضاً في المختلف بحسنة هارون(١) ـ المتقدمة ـ بانه حكم فيها بالأخذ بالثمن والحقيقة غير مرادة فيحمل على اقرب المجازاة، وهو المثلي فلا يكون الشفعة في غير ماكان الثمن مثلياً لتعذر الحقيقة ومايقرب منها.

ولايقال: إنّ القيمة في القيمي هو الأقرب اليه، وهو ظاهر، لأنها بعيدة عنه ولايحسن اطلاقه عليها.

فلا يرد ماأورده أيضاً في شرح الشرائع على هذه أيضاً مع أنها(٣) مؤيّدة.

نعم يمكن ان يقال: انها محمولة على الغالب من ان القيمة ثمن أو المثلي في الدور، أو أنها تدل على ان في الدور ذلك، فلا يدل على منع الشفعة مطلقا اذا لم يكن ماوقع عليه العقد مثلياً أو أنها مقيدة بما اذا كان ثمناً، أو انه يراد به ماوقع عليه العقد وهو اطلاق شائع، فهو مكلّف به أوّلاً فاذا تعذر يرجع الى القيمة كما في سائر الامور المكلّف بهامعه فتأمل في كونها حسنة أيضاً، وللجمع بين الأدلة في الجملة.

ودليل المصنف هنا بعض الاطلاقات أو العمومات العرفيّة، وترك

---

(١) الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٢) الظاهر كونه تعليلاً لقوله قده: لايقال الخ.

(٣) يعني انها ليست دليلاً مستقلاً، بل هي مؤيدة فلا يرد الايراد عليها سنداً ودلالة كما في شرح الشرائع فراجع المسالك

ولو تقايل المتبايعان لم تبطل الشفعة.

وكذا لو باع المشتري، وان (فان خ) شاء أخذ من الثاني.

والشفيع يأخذ من المشتري، والدرك عليه.

التفصيل، وعدم الفرق بين النقدين وغيرهما عقلاً مع ضعف هذه الرواية فتأمّل.

قوله: «ولو تقايل الخ» يعني لو اتفقا (اتفق خ ل)، البايع والمشتري على فسخ البيع الذي فيه الشفعة بالإقالة، فاوقعا الإقالة، لم تبطل شفعة الشفيع، بل له الشفعة لثبوتها بالعقد، وعدم ظهور دليل جواز ابطالها بالاقالة، فالظاهر حينئذٍ بطلان الإقالة، ويأخذ الشفيع لبقاء العقد ويحتمل عدمها، لدليل جواز الاقالة وليس تخصيص دليلها بما في غير صورة الشفعة أولى من العكس، بل العكس أولى لعدم الخلاف في الإقالة، بخلاف الشفعة كما مرّ.

إلّا انْ يقال: بجواز الأخذ من البايع بعد الاقالة لثبوت الشفعة، وعدم المنافات بينها وبين الإقالة، وكان البايع ارتكب استحقاق الأخذ منه بالإقالة.

ولايضرّ ثبوت أخذ الشفعة عندهم، عن المشتري في غير هذه الصورة بل الاخبار خالية عن الأخذ من المشتري، بل ظاهرة في الأخذ من البايع فتأمّل.

قوله: «وكذا لو باع المشتري الخ» أي لو باع المشتري بعد استحقاق الشفعة وعدم بطلانها، فالبيع صحيح مثل الإقالة (والشفعة على حالها خ) ولم تبطل، ولكن الشفيع ان شاء أخذ من المشتري الأوّل كما كان يأخذ منه في الإقالة، لامن البايع، وان شاء أخذ من المشتري الثاني فانه بمنزلة الأول، وهو بمنزلة البايع.

وتظهر الفائدة في التفاوت بين الثمنين، والضمان في احدهما للأصل المشفوع دون الآخر وغير ذلك.

قوله: «والشفيع يأخذ الخ» يعني انما يأخذ عنه، فان البيع صحيح،

ولايجب على المشتري القبض من البايع.

ولو تعيّب بغير فعل المشتري او بفعله قبل الطلب، أخذ الشفيع بالجميع أو ترك والأنقاص له (الانقاص خ).

ولو تعيّب بفعله بعد الطلب ضمن المشتري.

ولو غرس فأخذ (أخذه خ ل) الشفيع، فقلع المشتري لم يجب

والشفعة فرع صحة البيع، فلا يأخذ الآ منه، ولادرك -أي عوض الثمن لو خرج مستحقاً وغير ذلك- الآ عليه، وهو يرجع الى البايع في صورة يكون له الرجوع.

قوله: «ولايجب على المشتري الخ» يعني معنى أخذه عن المشتري أخذه في ملكه ويخرجه عن ذلك، لا في ملك البايع، لامعنى انه يجب على المشتري تسليمه بأن يقبض من البايع ويسلّمه اياه، بل عليه ان يخلّي بينه وبين المشفوع أي لايمنعه عن القبض والأخذ.

قوله: «ولو تعيّب بغير الخ» يعني لو تعيّب المشفوع عند المشتري بفعله وبغير فعله، ليس بضامن له، فليس للشفيع أن ينقص مايقابل العيب من الثمن، بل ليس له الآ الأخذ بجميع الثمن معيباً أو الترك بالكلّية.

ولعل الدليل، الأصل مع عدم الدليل الآ على أخذ الشفعة مطلقاً بالثمن فتأمّل فيما اذا كان بفعله الانقاص له، قيل: هو مايبقى بعد نقص البناء من الخشب واللّبن وغيرهما يعني هذه الأشياء كلّها للمشتري، لانه جزء المبيع الذي هو ملكه وهو ظاهر، فاذا أخذه المشتري، فللشفيع أن يأخذه.

والظاهر انه ليس له ارش هدم الدور وتخريبها، وغير ذلك، لما مرّ فتأمّل.

امّا لو كان التعيّب والتخريب وكلّ ماينقص في المبيع وله عوض، بفعل المشتري بعد الطلب وصيرورته ملكاً له، فالمشتري ضامن له، فللشفيع أخذه منه وهو ظاهر.

قوله: «ولو غرس فأخذ الخ» يعني لو غرس المشتري في الأرض المشفوعة

عليه الاصلاح ولو لم يقلع كان للشفيع القلع مع دفع الأرش.

فأخذها الشفيع بالشفعة فقلع المشتري غرسه لم يجب عليه اصلاح الأرض وطمّ الحفر التي كانت فيها الغرس، لما مرّ أنه لايضمن العيب الذي فعله قبل الطلب، وهذا ليس بأزيد منه.

ولو لم يقلع المشتري غرسه من تلك الأرض، كان للشفيع قلعه وهو واضح.

وأما الارش الذي ذكره انه يعطيه الشفيع فغير واضح، لأن الظاهر أن له ذلك ويجب على المشتري أنّ يسلّمه فارغاً أو رضي الشفيع بالاجرة أو مجاناً والارش مبنيّ على جواز الإبقاء له.

والظاهر أن ليس له مجاناً، بل بالاجرة، وحينئذٍ يكون الأرش ملحوظاً فيه استحقاق البقاء بالاجرة، والأخذ والقلع بالارش فيصير هو التفاوت بين كون الغرس باقياً بالاجرة مع جواز الأخذ والقلع بالأرش كما قيل، وفيه تأمّل.

وبالجملة، المسألة مشكلة وفيها أبحاث وأقوال.

والذي يقتضيه تأمّلي، أنه ان كان الغرس مثلاً قبل القسمة ـ كما كان قبل المطالبة ـ فالظاهر أنه فعل حراما يجب عليه الازالة والتفريغ، وطمّ الحفر من غير شئ له وان لم يفعل فللشفيع ذلك من غير لزوم شئ عليه من الأرش ولو كان النقص بسبب الكسر اذا لم يمكن الا بذلك، لأنه ظالم، والشفيع، له تفريغ ماله، ولكن ليس من جهة كونه شفيعاً، بل شريكاً.

ولكن ينبغي في ذلك اذن الحاكم ان أمكن وان كان بعد القسمة بحيث ماسقطت الشفعة بعد ثبوتها، بانه ادعى وكالة الشريك في القسمة، او الاتهاب أو جعل البايع وكيلاً، وما اشعر الشفيع بذلك ونحو ذلك.

والظاهر أنه لو قلع المشتري من غير مطالبة الشفيع بالقلع بعد الشفعة ليس له الأرش وان نقص مانقص، وعليه الطمّ والتسوية.

بل يمكن ان يكون عليه الأرش للشفيع لو حصل في أرضه نقص بالقلع.

....

ومع المطالبة بالقلع فالظاهر ان الحكم كذلك الا في لزوم الأرش فانه ليس في القوة مثل الأول، مع ان الظاهر الأرش هنا أيضاً.

فان لم يفعل فالظاهر انّ للشفيع قلعه واجباره على ذلك، نقله في التذكرة، عن أبي حنيفة، وقال: **وقول أبي حنيفة عندي لا بأس به.**

وحينئذٍ أيضاً يحتمل أن يكون عليه طمّ الحفر، وأرش نقص الأرض وان لاشئ له على الشفيع ان نقص الغرس عن قيمته، بل ولو انكسر بالقلع وخرج عن الانتفاع بشرط عدم التعدي والتفريط في القلع.

وجه ذلك ان الأرض كان فيها استحقاق الشفعة مع علم الغارس المشتري بذلك كلّه، واخفائه عن الشفيع فهو مقدم للضرر على نفسه، وما ضرّه أحد الا هو، فلا يلومنّ الا نفسه.

ولايقاس بالمستعير مع الاذن في الغرس والظاهر انّ هنا لايجبر بالقلع وان جبر لايضمن للمعير شيئاً من بعض الأرض وانه يضمن للغارس المستعير.

وكذا مع عدم الاذن لايقاس على ان يكون حكمه مثل ماقلناه في المشتري المأخوذ منه بالشفعة.

ويؤيد ذلك ان الشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، وتجويز امثال ذلك مناف له، اذ له حينئذٍ ان يبني ويغرس ويهدم البناء ويفعل مالايقدم عليه عاقل.

نعم لايبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة.

فتأمل فان ظاهر ماقتضاه نظري مخالف بحسب الظاهر لما قاله البعض، ولكن أخذه مما لابأس به بحسب النظر مع قطع النظر عن المخالفة.

والظاهر انه موافق لما نقله عن أبي حنيفة في التذكرة واختاره فتأمل.

ومع ذلك وجداني لايغني من جوعي فكيف جوع غيري الّا انه احداث

والنماء المتصل للشفيع لا المنفصل.

ولو باع شقصين والشفيع واحد أخذ الجميع او احدهما بحصته.

ولو كان الثمن المعيّن مستحقاً بطلت الشفعة بخلاف غيره.

بحث وفتح باب التأمّل حتى يدفعه من له ذلك فتأمّل.

قوله: «والنماء المتصل الخ» النماء المتصل مطلقا مثل السمن والقدر للشفيع، سواء حصل عند المشتري أو كان قبله، لأنه جزء المشفوع، فكما ان النقصان، عليه ولاينقص من ثمنه شيْ، فكذا النفع له فتأمّل.

والنماء المنفصل بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة، للمشتري، لأنه نماء ملكه مع عدم دخوله في المشفوع فيكون له.

قوله: «ولو باع شقصين الخ» يعني لو كان لشخص واحد شريك في دارين مثلاً وباع الشريك حصته فيهما، فللشريك الشفعة في كل واحد منهما بدون الآخر وفيهما معاً.

دليله عموم أدلة الشفعة(١) مع عدم المانع، وهو ظاهر.

قوله: «ولو كان الثمن الخ» وجه بطلان الشفعة بخروج الثمن الذي وقع عليه البيع بخصوصه، مستحقاً ومال الغير عدم صحّة البيع الذي صحّة الشفعة فرعها.

وعلى القول بجريان الفضولي في مثله، يمكن صحة البيع لمالك الثمن بعد الرضا به فيمكن أخذ الشفعة منه بعد ذلك، بخلاف أن لايكون معيّناً بل يكون أمراً كلّياً ودفع شيئاً ثم خرج مستحقاً، فلا يبطل الشفعة لصحّة الأصل، ولزوم العوض على المشتري وهذا مؤيّد لعدم تعيين المطلق بالقبض كما ذكرناه في الصرف، فتذكّر.

---

(١) راجع الوسائل باب ٥ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص ٣١٩.

ولو رجع المشتري بارش العيب السابق أخذه الشفيع بما بعده، ولو اسقطه أخذه الشفيع بالجميع.

ويملك بقوله: أخذت أو تملكت مع تسليم الثمن وان لم يرض المشتري، أو بدون التسليم مع رضاء المشتري بكونه في ذمته.

ولو قال: أخذت بالثمن وكان عالماً بقدره صحّ، والا فلا، وان

قوله: «ولو رجع المشتري الخ» يعني لو اشترى الجزء الذي تجري فيه الشفعة فظهر معيباً، فللمشتري، الخيار بين الأرش والردّ، فان أخذه فللشفيع أن يأخذ بالشفعة بعد حذف الأرش عن الثمن، فان الأرش جزء من الثمن كما عرفت فيصير الثمن هو مايبقى بعد الأرش، وانّما يأخذ الشفيع بالثمن.

واما اذا اسقطه وما أخذ الأرش ـ فصار الثمن ماوقع عليه العقد من غير نقصان ـ فله الأخذ بجميع الثمن أو الترك بالكلّية لابحذف الأرش فتأمّل.

قوله: «ويملك بقوله الخ» اشارة الى طريق الأخذ وانه لايحصل بالقول فقط، بل لابدّ معه من شيئ آخر (إما) تسليم الثمن، وحينئذٍ لايشترط رضا المشتري فيصح الشفعة رضي ام لم يرض، (أو) رضاه بالصبر بان يكون في ذمة الشفيع ثم يلزمه التسليم عند الطلب كسائر الحقوق.

وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة أنه يكفي قوله: اخذت أو تملكت واخترت الأخذ في التملك، يمكن ذلك الا انه حينئذٍ يكون مكلّفاً باعطاء الثمن مع الطلب فان اهمل من غير رضاه، يكون باطلاً.

ويمكن كون المقصود هنا أيضاً ذلك وارجاعه اليه فتأمّل.

وأيضاً قد فهم منها جواز التملك بالفعل فقط من دون القول، وذلك ليس بظاهر هنا الا انه لاينافيه أيضاً.

قوله: «ولو قال أخذت الخ» لاشك في الصحّة مع العلم بالثمن، واما

قال: بمهما كان.

ولايجب على المشتري الدفع حتى يقبض.

ولو كان الثمن مؤجّلاً فله الأخذ في الحالّ بمؤجّل.

فان لم يكن مليّاً، اقام كفيلاً به.

مع الجهل فقال المصنف: لايكفي وان ضم اليه قوله: (مهما كان) لعلّ دليله الجهل بالثمن، وان الشفعة بمنزلة البيع بينه و بين المشتري، فلابدّ من العلم بالعوضين.

وذلك غير ظاهر، وما نعرف لاشتراطه بالعلم دليلاً، لاعقلياً ولاشرعياً الا ان يكون اجماعاً فتأمل.

قوله: «ولايجب على المشتري الخ» لايجب على المشتري دفع المشفوع حتى يقبض الثمن الذي استحق، فله ان يمتنع حتى يقبضه، لما تقدم أنه مالك، ولايمكن أخذه الّا باعطاء العوض او رضاه بالصبر والتأخير.

قوله: «ولو كان الثمن الخ» بمنزلة الاستثناء، يعني لايجب على المشتري الدفع قبل قبض الثمن الا في صورة تأجيل الثمن، فانه يجب عليه الدفع قبله، لان ثمنه مؤجّل ولايجوز له الطلب حتى يحلّ الاجل، فان للشفيع الأخذ حالّاً بالمؤجل، كما أخذه المشتري فانه بمنزلته.

وليس للمشتري اكثر من حقّه، لاقدراً ولاأجلاً.

ولكن ان لم يكن الشفيع مليّاً بالثمن، له ان يطلب منه، اقامة كفيل بالثمن يريد(١) به الضامن وهو ظاهر ومفهوم من قوله: (به) فانه راجع الى الثمن، وهو ظاهر.

والحكم غير بعيد وان لم يكن المشتري مليأ وما أخذ منه البايع، الضامن،

---

(١) يعني يريد المصنف ره من قوله: (كفيلاً) الضامن ويستفاد هذا من لفظة (به) حيث قال: أقام كفيلاً به.

ولو تعذر انتفاع الشفيع للشغل بالزرع، فله تأخير المطالبة الى الحصاد.
والشفعة تورث كالمال.

اذ قد يؤل الى التلف.

ولكن **الملاءة غيرظاهرة.**

ولو كان المراد بها وجود مقدار الثمن زائداً عن مستثنيات الديون ـ كما هو الظاهر ـ فالوثوق هيّن لاحتمال أن يروّجه ويذهب به في ساعة، بل لو كان المراد العرفي أيضاً، الا انه أوثق من عدمه، فلا يحتاج حينئذٍ الى الضمان، ولأنه اذا احتاج حينئذٍ يلزم النقل الى الضمان وهكذا، فهذا غاية الوثوق ولايمكن الرد واسقاط الشفعة لذلك وهو ظاهر.

قوله: «ولو تعذّر انتفاع الخ» يعني اذا كان الأرض المشفوعة مشغولة بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين تأخير الشفعة الى الحصاد والأخذ بالفعل.

ويمكن ان يكون له تأخير الثمن الى الحصاد، لان الانتفاع موقوف على ذلك الزمان، وقد اشغله المشتري، ولاحتمال مانع يمنعه من الأخذ من جانب المشتري فلا يفوته ماله وذلك هو دليل جواز تأخير الأخذ الى زمان الحصاد.

والبعض منع من جواز التأخير الى الحصاد لفوريتها، وهو على القول بها أيضاً غير جيّد، بناءً على ماتقدم فتأمّل.

قوله: «والشفعة تورث كالمال» قد مرّ هذا في أوّل بحثها فتذكر، فكأنه اعادها للاشارة الى انه بحسب الحصص كالمال الموروث، لاعلى عدد رؤس الورثة كما هو مذهب بعض العامّة.

وظاهر رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام، قال: الشفعة على عدد الرجال(١).

---

(١) الوسائل باب ٧ حديث ٥ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص ٣٢٢.

ويصح الصلح على اسقاطها بعوض.

ولو باع الشفيع نصيبه عالماً أو جاهلاً سقطت شفعته.

والفسخ المتعقب (للبيع خ) لايبطل الشفعة، كرد البايع الثمن المعيّن من ذوات القيم لعيبه، فانه يرجع بقيمة الشقص، لابه.

فان المراد، السهام، لأنها موروثة، ودليل ثبوتها هو دليل الأرث، فلا ينبغي الخروج عنه، ولكن في شمول دليله لها تأمّل، وقد تقدّم.

قوله: «ويصح الصلح الخ» لانه حق مالي، فلصاحبه الاسقاط بكلّ ماشرع وحصل به رضا الطرفين.

قوله: «ولو باع الشفيع نصيبه الخ» أي لو باع الشفيع نصيبه الذي يستحق بسببه الشفعة سقطت شفعته، سواء كان عالماً بالشفعة وقت البيع، أو جاهلاً لانه انّما تثبت الشفعة بسبب الشركة والحصّة، وقد ارتفعت بالبيع.

قوله: «والفسخ المتعقب الخ» يعني لو انفسخ البيع بعد الأخذ بالشفعة بسبب من اسبابه لم تبطل الشفعة، لانها حصلت بسبب شرعيّ ولايزيلها الّا دليل شرعيّ، اذ ليس الا مجرد طريان الفسخ على البيع، الموجب لها فرضاً، وهو لايوجب ذلك، اذ لامنافاة بين بقاء مايترتب على حدوث شيْ في الجملة، وبين عدم بقائه(١).

نعم لوعلم بطلانه او بطل بالفسخ من أصله(٢)، يوجب بطلانها، لأنه أصلها ومبناها ولكن تقرّر عند الأصحاب ان الفسخ انما يبطله من حين وقوعه.

---

(١) يعني لامنافاة بين **بقاء الشفعة التي مترتبة** على حدوث اصل البيع وبين عدم بقاء أصل البيع بسبب الانفساخ.

(٢) يعني لو قلنا: ان البيع يبطل من أصله لامن حينه بناءً على ان الفسخ حل العقد من أصله لامن حينه.

ولو رجع البايع بالارش، لم يرجع على الشفيع ان كان أخذه بقيمة الصحيح.

نعم هو احتمال عند الشافعيّة، ذكره في التذكره.

فاذا خرج الثمن ـ الذي اشتريت الحصّة المشفوعة بعينه وهو قيمي ـ معيباً، ثبت الخيار للبايع بين الفسخ والأرش.

ولو فسخ البايع رجع حينئذٍ الى المشتري بقيمة الشقص، لا بالشقص، لان البيع اذا بطل فله المبيع واذا تعذر الرجوع اليه بسبب الشفعة، فكأنه تلف، فله على المشتري قيمته حين الفسخ، لانه وقت الانتقال اليه.

والظاهر انه حينئذٍ للشفيع أيضاً، الرجوع على المشتري بنقصان العيب ان أخذ الشقص بقيمة الثمن صحيحاً.

ويحتمل عدمه ان أخذ البايع من المشتري قيمة الصحيح، وان أخذه بقيمته معيباً، يحتمل رجوع المشتري اليه بتفاوت القيمة التي أعطاها الى البايع زائداً على الذي أخذه من الشفيع فتأمّل.

وان أخذ البايع أرش الثمن رجع المشتري الى الشفيع بالتفاوت ان أخذه بقيمة المعيب.

وانما فرض الرد(١) بعد الشفعة، لأنه اذا كان قبلها، قال في التذكرة ـ بعد ان قال: لم يمنع الشفعة:(٢) لسبق حقه.

ويحتمل تقديم حق البايع، لان حقه استند الى وجود العيب الثابت حال التبايع، والشفعة تثبت بعده.

وانما فرض الثمن معيناً، لانه اذا كان مطلقا وفي الذمة ليس له الفسخ، بل

---

(١) يعني انما فرض المصنف الرد بعد الشفعة المستفاد من قوله: والفسخ المتعقب.

(٢) راجع التذكرة ج ١ ص ٥٩٩ في مسألة لو كان ثمن الشقص عبداً الخ.

ولو باع مدعى الوكالة عن الغائب، ولابيّنة، لم يكن للشريك الشفعة الا ان يصدّقه.

ولو اختلفا في قدر الثمن، قدم قول المشتري مع اليمين.

له طلب البدل مطلقاً، سواء كان العيب من جنسه ام لا، لما تقدم.

وأما فرض كونه قيمياً، فكأنه لاحتمال جواز الأرش مطلقاً، لانه وان كان مثلياً وربوياً لايجوز أخذ الأرش للرباء كما تقدّم فتأمّل.

قوله: «ولو باع مدعي الوكالة الخ» يعني لو ادعى شخص وكالة الشريك الغائب فيما فيه الشفعة، ولابيّنة له، فباع حصته فليس للشريك الشفعة الا مع تصديقه في الوكالة، فاذا صدقه يجوز الشفعة.

والغائب ان حضر وصدقه أيضاً صحّ البيع وتمّت الشفعة والا فيبطل البيع والشفعة مع يمينه على عدم التوكيل.

ويجوز للشفيع التأخير الى ان يحضر الغائب ويصدق فيما لم يصدّقه ولم يعلم ذلك، بل يمكن ان لايكون الشفعة حينئذٍ، بل يصبر حتى يجيئ.

ولا تبطل بالتأخير هنا وان كانت فوريّة، لعدم ثبوت الموجب.

وأما اذا صدّقه وعلم بها، فيحتمل جواز التأخير أيضاً، لاحتمال تكذيب الغائب الوكيل، فيمكن ان يفوته الثمن بوجه من الوجوه.

ويحتمل ان لايكون له ذلك، لانه مكلّف بحسب ظاهر الشرع، فانه حصل مع انه يعلم صحّتها فتأمّل.

ويحتمل ان يكون مراد المصنف بقوله: (الا ان يصدقه) ان يحضر الشريك الغائب الذي ادعى وكالته ويصدّق الوكيل في كونه وكيلاً عنه في بيع شقصه، ولكن الأول الصق بالعبارة.

قوله: «ولو اختلفا في قدر الثمن الخ» تقديم قول المشتري مع اليمين هو مقتضى الدليل، لأنه الغارم والذي ينتزع الشيئ من يده، ولأنه لو فتح باب القول

ولو اختلف المتبايعان، فالقول قول البايع مع يمينه، ويأخذ الشفيع بما ادّعاه المشتري على رأي.

قول الشفيع، فيمكن أن يجيئ كلّ شريك مع عدم البيّنة يدّعى شيئاً قليلاً في الثمن ويأخذ الشقص بشيئ قليل مع كثرة الثمن وفيه ضرر على المشتري، بل على البايع اذ قد يمنع الناس حينئذٍ عن أخذ الشقص لعدم البيّنة وموتها وجواز جرحها فتأمّل فيه وان كان بعض تعاريف المدّعي والمنكر يدل على كون المشتري هو المدّعي(١)، فيكون القول قول الشفيع فتأمل.

ويحتمل عدم السماع من كل منهما اذ اخرجا عن العادة إمّا في الزيادة أو النقيصة.

قوله: «ولو اختلف المتبايعان الخ» اذا اختلف بايع الشقص ومشتريه فالقول قول البايع مع اليمين، لما مرّ، مع مامرّ.

وقيل: القول، قول المشتري، وهو بعيد.

ويأخذه الشفيع بما يدّعيه المشتري، لأنه باقراره أن ليس هنا الزيادة فلا يستحقها.

هذا اذا كان الشفيع مصدّقاً للمشتري ظاهر، وكذا مع جهله بالحال.

واما اذا كان مصدّقاً للبايع وعالماً بأنّ دعواه حقّ وصدق، فينبغي الأخذ بما ادعاه وايصاله الى المشتري، لانه عارف بانه حقه وان لم يكن للمشتري مطالبة.

على انه قد يمكن ذلك اذا ادّعى الغلط والسهو في الدعوى أو أظهر تأويلاً لصحّة دعواه ذلك مع تصديقه، الآن، البايع، وقد مرّ مثله.

فالقول بالأخذ بما يدّعيه المشتري هو المتجه الا مع ماتقدم، فكأنه المراد.

---

(١) فان من جملة التعاريف ان المدعي هوالذي لوترك تركت الخصومة وهذا منطبق على المقام فان المشتري لو ترك دعوى الزيادة تركت الخصومة.

والقول قول منكر الشفعة لو ادعى الشريك الابتياع أو تأخّره (تأخيره خ).

ولو تداعيا التأخّر تحالفا واستقر بينهما.

وتبطل الشفعة بالترك مع علم البيع وعدم العذر وان لم يصرّح

واما القول بما يدّعيه البايع، فهو مبني على أنه يأخذ بالثمن أي الذي يسلّمه اليه ثمناً، وهو مايدّعيه البايع، ويمكن ارجاعه الى تصديق الشفيع، كما مرّ.

قوله: «والقول قول المنكر الخ» أي لو ادعى الشريك على شريكه انه باع شقصه الذي فيه الشفعة، أو كان بيع كلّ منهما شقصه معلوماً، الا ان أحدهما يدّعي على الآخر انه كان بيع شقصه متأخراً عن بيع شريكه، فله الشفعة، أو ادعى الشريك تأخّر ابتياع شقص الشريك، عن تملكه شقصه لتحصل له الشفعة، فالقول قول منكر ذلك، وهو ظاهر، لأنه منكر والأصل معه.

وأما لو تداعيا التأخر أي يدّعي كلّ واحد منهما تأخّر تملّك صاحبه وشرائه يثبت له الشفعة، فالتحالف هنا هو المتعيّن لحصول شرطه، وهو اشتمال انكار كلّ منكر دعوى ويستقر الملك بعده بينهما، لبطلان دعوى كل واحد بحلف الآخر.

قوله: «وتبطل الشفعة بالترك الخ» بطلان الشفعة بتركها مع العلم بالبيع والشفعة وعدم العذر وان لم يصرّح بالاسقاط، ظاهر على القول بأنها فوريّة وقد مرّ البحث فيه.

وأما سقوطها بالنزول قبل البيع، فكأنّ دليله أن الحقّ له، فاذا اسقطه لايرجع، ولأنّ المسلمون عند شروطهم(١) وغير ذلك ممّا يدل على وجوب الايفاء بالوعد، والادلة على ذلك كثيرة ولو لاخوف خرق الاجماع لكان القول بوجوب الايفاء ـ كما هو قول لبعض العامة ـ متوجهاً، فالقول به هنا غير بعيد لعدم الاجماع

---

(١) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار ج ٢ ص ٣٥٢.

على رأي وبالنزول قبل البيع على رأي ولو شهد، او بارك ، او اذن في الابتياع، او ضمن الدرك ، او توكّل ففي الإبطال نظر.

على خلافه.

قال في الشرح: ولانسلّم ان ذلك من باب الاسقاط حتى يتوقف على الثبوت، ولما(١) روي عن النبيّ صلّى الله عليه وآله أنه قال: لايحلّ ان يبيع حتى يستأذن شريكه، فان باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به(٢).

ودلالته ظاهرة على السقوط بعد الاستيذان، لبيع لايكون فيه شفعة فافهمها.

واما دليل القول بعدم البطلان، فهو أنه اسقاط لما ليس له، فهو مثل ابراء عما لم يكن في الذمة.

ويمكن ان يقال: ليس هنا ابراء واسقاط، بل قول، ووعد، وشرط، ومخالفته قبيحة عقلاً وشرعاً، وانه غدر، واغراء، وليس من صفات المؤمن.

قوله: «ولو شهد أو بارك الخ» لو حضر الشريك مجلس البيع وما تكلّم، أو بارك في البيع وقال: بارك الله لك في بيعك ، أو اذن في الابتياع، بان قال: اشتر للمشتري أو ضمن الدرك ضمن عوض المبيع لو خرج مستحقاً، أو صار وكيلاً للبايع في المبيع، أو للمشتري في الشراء فتنظر المصنف في الابطال في الكل من جهة انه يؤذن بعدم أخذه بالشفعة، وأنه مايريدها، وللخبر المتقدم(٣)، وهو يشعر بانه اذا رضي بالبيع فلا شفعة.

---

(١) عطف على قوله: ولان المسلمون الخ.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٥ طبع مصر الحديث هكذا، عن جابر قال: قال رسول الله صلّى الله عليه (وآله) وسلّم: الشفعة في كل شرك ربعة او حائط، لايصلح ان يبيع حتى يؤذن شريكه، فان باع فهو احقّ به حتى يؤذنه.

(٣) تقدم آنفاً ذكر موضعه فراجع.

والاقالة فسخ، لابيع فلا تثبت بها شفعة.
وشرطها المساواة في الثمن.

ومن أنها ليست بصريحة، فانها يحتمل مع ارادة الشفعة، اذ لامنافاة بين الرضا بالبيع والأخذ بها، بل هو فرعه.

ولانه ابراء عمّا لايستحق في البعض.

فالظاهر انه ان كان شئ يوجب التراخي المنافي للفوريّة تبطل على القول بها، والا فلا الا مع القرائن، والأمارات والإهمال، التي يفهم عادة وعرفاً عدم الشفعة مع ذلك وانه اسقاط لذلك فتأمّل، لانها ثابتة بالعقد، فيحتاج رفعها الى دليل شرعي مسقط، والأصل عدمه، والمذكورات أعم، فلايدل.

قوله: «والإقالة فسخ الخ» يعني الإقالة فسخ بيع عندنا، لابيع آخر بأنّ يصير المشتري بايعاً، والبايع مشترياً، وهو ظاهر ومجمع عليه عند الاصحاب، ولهذا لايشترط فيها شرائط عقد البيع من الايجاب والقبول، والمقارنة وغيرها، بل هو فسخ للعقد السابق، فلو سقطت الشفعة بوجه من وجوهه في أصل البيع، ثم تقايل المتبايعان، ليس للشريك الشفعة بأنّ يأخذ الشقص من البايع الأول الذي انتقل اليه الشقص بالإقالة وهو ظاهر.

قوله: «وشرطها المساواة في الثمن» أي شرط صحّة الإقالة، المساواة في الثمن بان لايزيد عمّا وقع عليه العقد، ولاينقص، وكذا المبيع.

وبالجملة، هو رفع العقد، وارجاع كل عوض بعينه الى صاحبه.

دليل جوازها بعد الاجماع، الخبر الدال على الترغيب فيها، وهو من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيمة(١).

---

(١) هذا الحديث قد ورد بطرق عديدة مع الفاظ مختلفة وقد نقله الشارح قدس سره بالمعنى فراجع الوسائل باب ٣ من ابواب آداب التجارة ج ١٢ص٢٨٦.

وتصح في الجميع والبعض.

ومع التقايل ان كان العوض موجوداً أخذه، والا، المثل او القيمة.

وصيغتها أن يقولا: تفاسخنا وأقلنا، أو يفسخ أحدهما ويقبل الآخر، والظاهر عدم الفسخ الآ بالقول، ولايحصل بمجرّد القصد والردّ، لأنّ الأصل بقاء العقد وعدم زواله الا بمزيل شرعيّ، ولامزيل هنا معلوماً، ولامظنوناً الا القول، فانه يزيله بالاجماع.

ويحتمل الاكتفاء بالرد والقبض بذلك القصد، لخلو الاخبار عن الصيغة مع ذكرها، وكذا كلام الاكثر.

قوله: «وتصح في الجميع والبعض» يعني كما يصح الإقالة في جميع المبيع وثمنه، يجوز في بعضه، لعموم الدليل، والقبول للتجزي، وتسلّط المالك على المال، وحصول الرضا الموجب لذلك.

قوله: «ومع التقائل ان كان الخ» اشارة الى ان ليس من شرطها بقاء العوضين ورجوع كلّ الى صاحبه، بل يصحّ مطلقا، لعموم الدليل، فان كانت العين باقية يرجع الى صاحبها، والا، المثل أو القيمة وقت الفسخ، لما مرّ ان الفسخ انما يبطل العقد من حينه فالنماء والكسب الحاصل بينهما، لمن له حصول النماء، وهو ظاهر.


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



كتاب الديون

«كتاب الديون»

(وتوابعه)

وفيه مقاصد (الأوّل):

تكره الاستدانة الّا مع الحاجة.

قوله: «كتاب الديون»

الظاهر ان المراد بها جعل الانسان نفسه مشغولاً بمال الغير، فيدخل البيع سلفاً ونسيئة، بل نقداً أيضاً اذا لم يحضر الثمنين.

الّا ان يخصّص (يختص خ.ل) بان المراد مايجعل في الذمّة من غير ان يكون حالّاً و(أو خ)قاصداً ادائه بالفعل عرفاً، ويؤيّده ماقيل: الدين ماله أجل، والقرض مالاأجل له.

ويمكن تخصيصها بالقرض كما هو في بعض الكتب، ويؤيّده ماقيل في صحاح اللغة: الدين واحد الديون تقول: دنتُ الرجل أقرضته فهو مَدين ومديون، وقول(١) المصنف ـبعدهـ ويستحب الاقراض وذكر أحكامه دون الدين مطلقا.

ولكن الأدلّة عامّة وكذا عبارات الأكثر.

---

(١) يعني يؤيّد كون المراد من الدين هو القرض، قول المصنف عقيب قوله: ويكره الاستدانة: ويستحب الاقراض الخ.

....

في الدروس (١) **ذكر الدين وكراهته ثم ذكر القرض.**

قال في التذكرة: يكره الاستدانة كراهة شديدة (الى قوله): وتخف الكراهة مع الحاجة وان اشتدّت زالت، ولو خاف التلف ـولاوجه له سواهـ وجبت (انتهى).

ولكن في بعض العبارات مثل الدروس: تزول الكراهة مع الحاجة (انتهى) كأنّه يريد الشديدة.

ويمكن إجراء باقي الأقسام أيضاً.

مثل أن يكون (حراماً) مع عدم نيّة الأداء.

و(مستحبّة) لتوقّف قضاء حاجة المؤمنين عليها مثلاً مع القدرة على الأداء بسهولة وسرعة.

(ومباحة) للتوسعة، مع القدرة على الأداء كذلك، وعدم وجود نفس مايوسّع به الّا بالاستدانة.

ونقل في الدروس، التحريم، عن الحلبي(٢) لغير القادر على الأداء.

لعلّ المراد عدم القدرة على الأداء لاحالاً ولامؤجّلاً، لعدم شئ عنده، وعدم كسب ونحوه ممّا يحصل به الأداء عرفاً مع عدم الحاجة بالفعل فتأمّل.

والأكثر على الكراهة مطلقا الّا مااستثنى فيما مرّ.

والأصل، وحصول التراضي المفيد للاباحة، وبعض الآيات، مثل إذا

---

(١) **نقل عبارتي الدروس** والتذكرة للاستشهاد على عدم ارادة خصوص القرض من الدين.

(٢) قال في كتاب الدين من الدروس ص ٣٧٢: ماهذا لفظه: **وحرّم الحلبي** الإستدانة على غير القادر على القضاء، ويستفاد من عبارة الكافي للحلبي المطبوع في زماننا عدم الاضطرار، **قال: في الكافي ص ٣٣٠** طبع اصفهان: ماهذا لفظه: القرض أو تأخير الحق سبب لاباحة التصرف في ملك الغير وكل منهما في حق المالك احسان، وفي حق الغير مكروه مع **الغناء** عنه، محرّم مع فقد القدرة على قضائه وعدم الضرورة اليه (انتهى).

....

تداينتُم(١)، وآية الرهن(٢)، وادلّة جواز السلف(٣) والنسية(٤)، دليل الجواز.

ويؤيّده الشهرة، وبعض الأخبار، فحملت ماتدل على المنع مع عدم الصحّة والصراحة في التحريم على الكراهة جمعاً بين الأدلّة.

مثل ماروي، عن أميرالمؤمنين عليه السلام، قال: ايّاكم والدين، فانه مذلّة بالنهار ومهمّة بالليل، وقضاء في الدنيا، وقضاء في الآخرة(٥).

سندها غير معتبر، لسهل بن زياد(٦)، وغيره.

وصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: تعوّذ (نعوذ ـ يب) بالله من غلبة الدين، وغلبة الرجال(٧)، وبوار(٨) الأيم(٩)(١٠).

ولا تدل على التحريم كما لايخفى.

وما روي، عن رجل يقال له: أبو تمام(١١)، قال: قلت لأبي جعفر عليه

(١) البقرة ـ ٢٨٢. (٢) البقرة ـ ٢٨٣.

(٣) راجع الوسائل ابواب السلف من كتاب التجارة.

(٤) راجع الوسائل باب ١ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة.

(٥) الوسائل باب ١ حديث ٤ من ابواب الدين والقرض.

(٦) سندها كما في الكافي هكذا: عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن جعفر بن محمد الأشعري، عن ابن القداح، عن أبي عبدالله عليه السلام، عن علي عليه السلام.

(٧) وفي الدعاء: وأعوذ بك من غلبة الرجال، والمراد بها تسلّطهم واستيلائهم هرجاً ومرجاً، وذلك كغلبة العوام (مجمع البحرين).

(٨) وفي الدعاء: أعوذ بك من بوار الأيم أي من كسادها، وعدم الرغبة فيها من قولهم: بارت السوق كسدت، ويتم الكلام في ايم (مجمع البحرين).

(٩) وفي الدعاء: وأعوذ بك من بوار الأيّم هي فيعل، مثل كيّس، المرئة التي لازوج لها، وهي مع ذلك لايرغب احد في تزوجها، والأيم فيما يتعارفه أهل اللسان، الذي لازوج له من الرجال والنساء (مجمع البحرين).

(١٠) الوسائل باب ١حديث ١من ابواب الدين والقرض.

(١١) حبيب بن أوس أبو تمام الطائي،قال النجاشي: حبيب بن أوس أبو تمام الطائي (الى ان قال):

....

السلام: اني اريد ان الزم (الازم خ ل ئل) مكّة والمدينة، وعليّ دين، فاتقول؟ فقال: ارجع الى مؤدى دينك وانظر ان تلق الله عزّوجلّ، وليس عليك دين، فان المؤمن لايخون(١) السند غير معتبر، لما مرّ وغيره، وغير ذلك من الاخبار.

والذي يدل على الجواز صحيحة معاوية بن وهب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: انه ذكر لنا: ان رجلاً من الانصار مات وعليه ديناران ديناً، فلم يصلّ عليه النبيّ صلّى الله عليه وآله، وقال: صلّوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: ذلك الحق ثم قال ان رسول الله صلّى الله عليه وآله انما فعل ذلك ليتّعظوا (ليتعاطوا خ ل ئل) وليردّ بعضهم على بعض، ولئلاّ يستخفّوا بالدين وقد مات رسول الله صلّى الله عليه وآله وعليه دين، وقتل أميرالمؤمنين عليه السلام وعليه دين ومات الحسن عليه السلام وعليه دين وقتل الحسين عليه السلام وعليه دين(٢).

وهذه كالصريحة في الدلالة على الجواز، وتأويل الاخبار الدالة على النهي بالحمل على المبالغة كما هي كثيرة.

وهي مؤيّدة للتأويلات التي يذكرها الأصحاب رحمهم الله.

ولايخفى ان سوقها يدل على الجوازمطلقا لانه مخصوص بالحاجة، ولابامكان الوفاء، ولابالذي كان له من يقضي عنه بظنه أو علمه وان لم يكن واجباً عليه.

ويؤيده رواية سلمة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل منا يكون عنده الشئ يتبلّغ به وعليه دين أيطعمه عياله حتى يأتي (ياتيه خ ل) الله

حتى انتهى الى أبي جعفر الثاني عليه السلام لأنه توفى في أيامه (تنقيح المقال للمامقاني ره ج١ ص٢٥١).

(١) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من ابواب الدين والقرض وفيه (عن أبي ثمامة) وفيه: قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام، ولاحظ باقي اخبار هذا الباب.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب الدين والقرض.

....

عزّوجلّ بيسره (بميسرة ئل) فيقضي دينه أو يستقرض على ظهره (نفسه خ ل) في حبث الزمان وشدة المكاسب أو يقبل الصدقة؟ قال يقضي بما (ممّا خ) عنده دينه ولايأكل أموال الناس الآ وعنده مايؤدي اليهم حقوقهم، ان الله تبارك وتعالى يقول: ولَا تأكُوا امْوالكُم بيْنكُم بالباطِل إلّا أن تكُونَ تجارةً عنْ تراضٍ منْكُم، ولايستقرض على ظهره إلّا وعنده وفاء، ولو طاف على أبواب الناس فردّوه باللقمة واللقمتين والتمرة والتمرتين إلّا ان يكون له وليّ يقضي دينه من بعده، وليس منا من ميّت (يموت خ) إلّا جعل الله عزّوجلّ له وليّاً يقوم في عدته ودينه فيقضي عدته ودينه(١).

وتحمل على الكراهة لما تقدّم.

وتدل على الجواز والرخصة مع الوفاء من ماله.

وكذا ان كان له من يقضيه عنه، وأنّ أهل البيت عليهم السلام لابدّ أن يكون لهم من يقضيه كأميرالمؤمنين عليه السلام لرسول الله صلّى الله عليه وآله، والائمة عليهم السلام كل لاحقٍ لسابقه.

فيمكن زوال الكراهة مع أحد الأمرين(٢) أو الخفّة، ويكون فعله صلّى الله عليه وآله وفعلهما عليهما السلام(٣) مستثنى أو لرفع الحرمة والشدّة.

وأمّا الزوال مع الحاجة فكأنّ دليله العقل، ولم يعلم ذلك في فعله صلوات

---

(١) أورد صدره في الوسائل باب ٤ حديث ٣ بطريق الشيخ، وذيله في باب ٢ حديث ٥ من ابواب الدين، وأورد قطعة منه ـ مع اختلاف في بعض الفاظه في باب ٤٧ حديث ١ من ابواب المستحقين للزكاة والآية ـ سورة النساء ـ ٢٩.

(٢) يعني الوفاء من ماله،، أو ان كان له من يقضيه.

(٣) يعني يمكن كون فعلهم صلوات الله عليهم مستثنى من كراهة الاستدانة أو استدانوا عليهم السلام لبيان عدم الحرمة ولعل الصواب في العبارة (وفعلهم) بدل (وفعلهما).

ويستحبّ الاقراض فانهأفضل من الصدقة بمثله في الثواب.

الله عليه وفعلهما عليهما السلام لاحتمال أحد الأمرين الآخرين، ولمحض الدلالة على الجواز مطلقا،وهوالظاهر كما عرفت ان سوقها يدل على الجوازمطلقا، وان المنع للمبالغة، ولهذا أوّل عليه السلام(١) عدم صلا ته صلّى الله عليه وآله، وما ذكرعدم الحاجة ولاأحد الأمرين.

نعم الظاهرعدم الشدّة معها كما ظهرمن التذكرة، لنفي الحرج وللرواية(٢)، وهي تدل على كمال المبالغة في الكراهة حيث دلّت على ان السوال من الأبواب مع شدّة ماورد في المنع عنه مقدم عليها واولى منها وهوظاهر.

ثم انه يفهم من الدروس، الاستدلال على عدم الكراهة مع الحاجة تعرضهم (بقرضهم خ) عليهم السلام قال: ولاكراهة مع الضرورة فقد مات رسول الله صلّى الله عليه وآله والحسنان عليهما السلام، وعليهم دين، ولو كان له مال بازائه خفت الكراهة، وكذا لو كان له وليّ يقضيه وان لم يجب عليه فزالت مناقشة ابن ادريس(٣) (انتهى).

فيه تأمّل لعدم العلم بكون ذلك للحاجة، والزوال بالكليّة أيضاً غير ظاهر الا مع الشدّة كما قاله في التذكرة، وكذا الخفّة مع أحد الأمرين، وزوال شبهة ابن ادريس لم يظهر بما قاله(٤)، بل بالعلّة والرواية فتأمّل.

قوله: «ويستحب الاقراض الخ» كان المناسب(٥) لسوق الكلام

---

(١) بقوله عليه السلام ليتعظوا الخ.

(٢) يعني رواية سلمة المتقدمة آنفاً.

(٣) قال ابن ادريس في كتاب الديون من السرائر ص ١٦١: ماهذا لفظه: فقد روي انه ان كان له وليّ يعلم انه ان مات قضي عنه، قام ذلك مقام مايملك، وهذا غير واضح، لان الوليّ لايجب عليه قضاء دين من هووليّ له بغير خلاف (انتهى).

(٤) يعني ماقاله في الدروس فانه علّله بقوله: لان عدم وجوب القضاء لاينافي وقوع القضاء (انتهى).

(٥) يعني كان المناسب في عبارة المصنف ره التعبير بقوله: (يستحب الادانة) لا(يستحب الاقراض).

....

(الادانة) كأنّ الخبر لما كان مخصوصاً بالقرض خصّص.

ودليل استحباب الادانة والقرض عموم أدلّة(١) قضاء الحوائج وادخال السرور، وعموم آيات الاحسان واخباره.

ويدل عليه أيضاً آية الانظار(٢) فانها تدل على ان التأخير مرغوب فيكون الأصل كذلك، وآية يُقرِضُ الله قرضاً حسناً(٣).

ويدل على القرض بالخصوص، مثل رواية عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال النبيّ صلّى الله عليه وآله: ألفا درهم أقرضها مرّتين أحبّ اليّ من أن أتصدق بها مرّة وكما لايحلّ لغريمك ان يُمْطِلك وهو موسر فكذلك لايحل لك ان تُعْسره اذا علمت انه معسر(٤).

وهذه تدل على تحريم المماطلة على الموسر، وطلب المعسر، على الديان وغيرها من الروايات وهي كثيرة.

مثل رواية السكوني ـ في زكاة التهذيب ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر، وصلة الإخوان بعشرين، وصلة الرحم بأربعة وعشرين(٥).

وهذه تدلّ على تفاوت مراتب صرف المال في وجه الله.

(١) راجع الوسائل باب ٢٦ الى ٢٨ من ابواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف ج١١ ص٥٧٦ الى ص٥٨٥.

(٢) قال الله تعالى: «وان كان ذو عُسرة فنظرة، الى ميسرة» البقرة ـ ٢٨٠.

(٣) قال عزّ من قائل: «مَن ذا الذي يُقرِضُ الله قرضاً حَسناً فَيضاعِفهُ له» البقرة ٢٤٥ والحديد ـ ١١.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من ابواب الدين والقرض من كتاب التجارة وباب ٢٠ حديث ٢ من ابواب الصدقة.

(٥) الوسائل باب ٩١ حديث ٥ من ابواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف.

....

و(ما خ) في الفقيه انه قال الباقر عليه السلام: من اقرض قرضاً الى ميسرة كان ماله في زكاة (الزكاة خ كا) وكان هو في صلاة (الصلاة كا) من الملائكة عليه حتى يقضيه (١) وغيرهما.

وأما الرواية المذكورة في المتن فهي مشهورة، وكأنّها من طرق العامّة، قال في التذكرة(٢): وقال الشيخ رحمه الله: روى انه أفضل من الصدقة بمثله من الثواب.

يحتمل أن يكون معناه أنّ القرض بمقدار أفضل من التصدق بذلك المقدار من أجل حصول الثواب والعوض عندالله، أو يكون أنه أفضل من الصدقة بمثله بمقدار ثوابها يعني ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة فيمكن التنزيل على رواية السكوني(٣)، لان الدرهم في التصدق بمال صاحبه، فثوابها تسعة، فيكون ثواب القرض الذي هو ضعف ثوابها ثمانية عشر.

ويمكن حملها على بعض الوجوه، مثل ان يكون الى ذي الرحم المحتاج، أو العالم العامل الذي يصرفه في العلم، وما دلّ على أقل من ذلك مثل رواية ابن سنان(٤)، على غيره كما وقع الاختلاف في مراتب التصدق، في الثواب(٥)، وكذا الانفاق في الآيات(٦).

---

(١) الوسائل باب ٤٩ حديث ٦ ـ ٧ من ابواب المستحقين للزكاة.

(٢) أورده في الفصل الثالث من كتاب الديون من التذكرة.

(٣) تقدمّ ذكر موضعها آنفاً.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من ابواب الدين والقرض من كتاب التجارة.

(٥) مثل التصدق على ذي الرحم والقرابة، و الصدقة على العالم العامل، والصدقة في الأوقات الشريفة مثل يوم الجمعة ويوم شهر رمضان، والصدقة في السر مع الصدقة في العلانية الى غير ذلك مما يوجب اختلاف الثواب.

(٦) مثل قوله تعالى: «الذين يُنفقون اموالهم في سبيل الله ثُمّ لايُتبعونَ ماأنفقوا منّا ولاأذىً لهُمْ أجرهُم

والايجاب أقرضتك أو ماأدّاه، مثل انتفع به أو تصرف فيه.

قوله: «والايجاب اقرضتك الخ» الظاهر انه لابدّ في الآخرين (١) من انه (عليك عوضه) كما يقال في ملكتك وعليك عوضه.

ولو ذكر قبله واريد به ذلك فالظاهر انه يكفي ولايحتاج الى الضميمة.

وظاهر كلامهم أنّ القرض عقد يحتاج الى الايجاب والقبول، مثل سائر العقود الا انه عقد جائز غيرلا زم مثل البيع.

والظاهر انه لانزاع في المعاطاة هنا على تقدير عدم كونه في العقود اللازمة فيبيح التصرف وعليه العوض، بل تحصل الثواب أيضاً الّا انه لايحصل الملك، ولايلزم العوض الا بعد الاتلاف، وقبله يكون مأذوناً فيه في التصرف مع العوض فلا يكون عقداً باطلاً مثل ماقيل في البيع.

بل الظاهر ان لايكون الايجاب والقبول معتبراً هنا في جواز التصرف وحصول الثواب ولزوم العوض، بل يكفي في ذلك القصد والاعطاء، والقبض بذلك القصد، ولاينبغي فيه النزاع.

نعم يمكن اعتبارهما في حصول الملك بمحض العقد، او مع القبض قبل الاتلاف أو (٢) ترتب الأحكام، مثل جواز عدم ردّ العين، وجواز ردّ المثل مع بقائها، وان ليس للمالك انتزاعها وغير ذلك.

والظاهر أيضاً ان يكون الاعطاء ـ مع القول السابق بانه قرض مع القبول

عند ربّهم» البقرة ـ ٢٦٢ فانه تعالى اثبت أصل الأجر الصادق بالقليل والجزيل.

وقال تعالى: «مثلُ الذين يُنفقونَ اموالـهُم في سبيل الله كمثلِ حبّةٍ انبتتْ سبعَ سنابلَ في كلّ سُنبلةٍ مِأة حبّةٍ، والله يُضاعف لمنْ يشاء» البقرة ـ ٢٦١.

(١) يعني قوله ره انتفع به، أو تصرف فيه.

(٢) عطف على قوله قده: (في حصول الملك).

والقبول قبلت وشبهه.

فعلاً ـ يكون موجباً لتلك الأحكام، لصدق القرض، وأصل عدم اعتبار أمر زائد.

ويمكن الاعتبار(١)، لان الأصل عدم النقل حتى يتحقق، وقد يتحقق بالعقد ايجاباً وقبولاً اتفاقاً، وبغيره، غير ظاهر فيبق في العهدة، هذا مسلك جديد(٢).

ولكن يؤيد الأوّل عدم نقل الصيغة، ووقوعها(٣) في الزمن الأوائل، بل الذي يفهم انهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب، والقرينة، والاعطاء، ولاشكّ ان الثاني أحوط.

ثم ان الظاهر من التذكرة ان القبول لايحتاج الى اللفظ، بل يكفي الفعل أيضاً، قال: والايجاب لابدّ منه (الى قوله): وأما القبول، فالاقرب انه شرط أيضاً، لانه الأصل عصمة مال الغير (الى قوله): وهو أصحّ وجهي الشافعي، والثاني انه لايشترط، لان القرض اباحة اتلاف على سبيل الضمان فلا يستدعي القبول، ولابدّ من صدوره من أهله كالايجاب الا ان القبول قد يكون قولاً، وقد يكون فعلاً(٤).

ولايخفى أن الدليل يدل على عدم الاحتياج الى الايجاب قولاً أيضاً.

وانه يفهم من كلامه ان خلاف الاقرب أنه لايحتاج الى القبول، لاقولاً، ولافعلاً.

وانه لانزاع في القبول الفعلي أيضاً، وانما النزاع في عدمه مطلقا، وفيه تأمّل.

---

(١) يعني اعتبار الايجاب والقبول وعدم كفاية المعاطاة.

(٢) مسلك قد حدث في القرون المتأخرة ولم يكن يسلكه قدماء الامامية.

(٣) يعني عدم وقوعها.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ٥.

ولو شرط النفع حرم

ويمكن ان لايعتبر فيه العربية، ولاالمقارنة، ولاغيرهما ممّا شرطوه في العقود اللازمة.

وظاهر كلامه ـهنا ـ أنه عقد ولابدّ من ايجاب وقبول يدلّ على المساواة الآّ انه قال في الدروس: وهو عقد ايجابه اقرضتك أو أسلفتك، أو ملكتك وعليك ردّ عوضه، أو خذه مثلاً أو قيمة، أو تصرف فيه، أو انتفع به، كذلك وشبهه، وقبوله قبلت وشبهه، والاقرب الاكتفاء بالقبض، لأن مرجعه الى الاذن في التصرف، وأهله أهل البيع(١).

أما في العبارة خفاء، كأنّ قوله: (مثلاً أو قيمة) قيد (عوضه) فالأحسن تقديمه(٢).

وأيضاً كان ينبغي تأخير (وعليك ردّ عوضه) مع (مثلاً أو قيمة) بعد (تصرف فيه أو انتفع به) وكأنه اليه اشار بقوله: (كذلك).

وان ليس أهله أهل البيع، بل يزيد عليه شرطاً آخر في الأهل كما اشار اليه في التذكرة بقوله: (الصيغة الصادرة من جائز التصرف ويعتبر فيه اهليّة التبرع، لان القرض تبرع، ولهذا لايقرض ولي(٣) الطفل الا لضرورة (انتهى).

قوله: «ولو شرط النفع» الظاهر أن تحريم شرط النفع في القرض عيناً اجماعيّ بين المسلمين مستنداً الى دليل الربا في الجملة(٤)، والى ماروي عنه صلّى

---

(١) الى هنا عبارة الدروس.

(٢) يعني تقديم قوله: مثلاً أو قيمة.

(٣) في التذكرة: ولهذا لايقرض الوليّ مال الطفل الخ.

(٤) ولعل التقييد بقوله قده: (في الجملة) لان جميع آيات الربا لاتدلّ بالعموم أو الاطلاق على تحريم شرط النفع بل بعضها مثل قوله تعالى: «الذينَ يأكلونَ الربا لايقومُونَ الاّ كما يقومُ الذي يتخبّطهُ الشيْطانُ من المسّ» الآية فانها شاملة لمطلق الزيادة بيعاً كان أو قرضاً.

……………………………………………………………………

الله عليه وآله من طريق العامّة انه قال: قال كل قرض يجرّ منفعة فهو حرام(١).

فدليل الحكم، الاجماع، والكتاب، والسنّة(٢) في الجملة، ولايضرّ عدم صحّة سندها.

وهذا مؤيّد للأكثرين القائلين بدخول الربا في غير البيع، وانه يعمّ جميع المعاوضات.

فقول المصنف بالاختصاص بالبيع والقرض محلّ التأمّل، اذ اخراج القرض عن غير البيع واختصاصه بالتحريم بعيد، ولايمكن فهمه من الآية،

الا ان يقول: بكونه ربا أو ان دليله غير الآية، ولهذا يحرم القرض مع الزيادة وان لم يكن ربوياً (٣) وانه لم يصح اشتراط الصحيح والجيّد عوض المكسّر والردي بخلاف الربا.

فهذا الفرق سبب ترك المصنف، القرض في باب الربا وتخصيصه بالبيع.

ولاينبغي ادخاله في تعريفه عنده والفرق بجواز الأجل فيه مع كونه ربوياً بخلاف القرض فتأمّل.

فمع اشتراط الزيادة، تصير الزيادة والاقراض والاقتراض حراماً.

وكذا التصرف في المقرض (القرض خ) مع العلم فيكون مضموناً كالمغصوب.

وأما مع عدم التصرف وعدم التقصير(٤)، فان كان عالماً بالتحريم، والمقرض جاهلاً وما رده اليه، ولاأعلمه، ولاخلّي بينه وبينه فيمكن ان يكون كذلك.

---

(١) راجع سنن البيهقي: ج٥ص ٣٥٠، وكنز العمال: ج٦ص٢٣٨ الرقم ١٥٥١٦ وغيرهما من المصادر.

(٢) يريد بها النبوي المشار اليه.

(٣) يعني وان لم يكن مكيلاً أو موزوناً.

(٤) يعني وعدم التفريط في حفظه كما سيجئ التصريح به من الشارح قده.

حتى (لوخ) شرط الصحيح عوض المكسر ولم يفد الملك.

واما مع الاعلام ورفع اليد، والتخلية، واظهار مايدل على البدل، بان وضعه عنده، فالظاهر انه ليس بضامن، وكذا مجرد الاعلام، والقول، (خذه).

وكذا مع علم المقرض أيضاً مطلقا سواء أظهر أم لا.

وأما اذا كان المقترض جاهلاً مع كونه عالماً فالظاهر أيضاً عدم الضمان، ويمكن مع جهله أيضاً.

ولاشك في الضمان مع التصرف والافراط والتفريط وهو ظاهر.

واشار بقوله: (ولم يفد الملك) الى أنه اذا كان القرض حراماً لم يصر ملكاً للمقرض، بل يبقى على ملك صاحبه، وسكت عن الضمان وعدمه.

ويحتمل التفصيل الذي ذكرناه.

ويحتمل الضمان مثل القبض بالبيع الفاسد، لما تقرر عندهم كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

ونقل عن ابن حمزة هنا انه امانة (١) وضعّفه.

ويمكن حمله على ماقلناه من صورة جهل المقترض ونحوه.

ففي ضعفه تأمّل للأصل وعدم التفريط، وشمول دليل عذر الجهل، وعدم ثبوت ماتقرر عندهم بالدليل وليس باجماع لوجود الخلاف في الجملة فتأمّل.

وأما اشتراط الزيادة وصفاً مثل ان يشترط الصحيح عوضاً عن المكسور، فنقل عن الشيخ وجماعة جوازه، وكأنه مثل اشتراط الجيّد عوض الرديّ للأصل.

وعدم ظهور دخوله تحت الربا، وعدم دليل آخر من اجماع ونحوه.

وخبر العامّة (٢) ليس بصحيح، ومعارض بما في حسنة محمد بن مسلم قال:

---

(١) قال في الوسيلة :ص٢٧٣.

(٢) يعني ماتقدم نقله بقوله ره: روي عنه صلّى الله عليه وآله من طريق العامّة انه قال: كل قرض يجر منفعة فهو حرام.

....

سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إما خادماً، وإمّا آنية، وإمّا ثياباً فيحتاج الى شيئ من منفعته فيستأذنه (فيه كا) فيأذن له؟ قال: اذا طابت نفسه فلا بأس، قلت: ان من عندنا يروون أن كلّ قرض يجرّ منفعة فهو فاسد، قال: أو ليس خير القرض ماجرّ منفعة(١).

بل هذه ترد رواية العامّة، وفي قوله عليه السلام: (اذا طابت نفسه فلا بأس) بعد قول السائل: (فيأذن له) اشارة الى ان مجرد الاذن ظاهراً مع عدم طيب النفس لايكفي، فانه قد يستحيي أو يخاف من طلب القرض، فافهم.

ورواية محمد بن عبدة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القرض يجرّ المنفعة؟ فقال: خير القرض، الذي يجرّ المنفعة.

ورواية أبي الربيع، قال: سئل أبوعبدالله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فردّ عليه أجود منها بطيبة نفسه وقد علم المستقرض والقارض انه انما اقرضه ليعطيه أجود منها؟ قال: لابأس اذا طابت نفس المستقرض(٢).

وهذه أدلّ، وفيها المبالغة المتقدمة فافهم.

وقد استدل في شرح الشرائع له، بصحيحة يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبدالله عن الرجل يقرض الرجل، الدراهم الغلّة فيأخذ منه (منها خ) الدراهم الطازجيّة طيّبة بها نفسه؟ قال: لابأس به، وذكر ذلك عن علي عليه السلام.

قال في التذكرة: الطازجيّة بالطاء غير المعجمة والراء المعجمة والجيم هي الدراهم الجيّدة(٣).

---

(١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٩ حديث ٤ ـ ٥ من ابواب الدين والقرض.

(٢) أورده والذي بعده في الوسائل باب١٢ حديث ٤ ـ ٥ من ابواب الصرف من كتاب التجارة.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

....

كان(١) الغلّة يقابلها أو المكسورة لما قوبل الطازجيّة بها في حسنة الحلبي(٢) ثم قال:(٣) ولايخفى بعدها عن الدلالة (على المدعى خ).

ولايخفى ان فيما ذكرناه دلالة.

وفيها أيضاً دلالة في الجملة من جهة العموم وعدم التفصيل، ومثلها كثير.

مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبدالله (جعفرقيه) عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه جُلّة من بسْرٍ فيأخذ (فآخذ ئل) منه جلّة من رطب مكانها وهي أقل منها؟ قال: لابأس، قلت: فيكون لي جلّة من بسر فيأخذ (فآخذ ئل) (مكانها ئل) جلّة من تمر وهي اكثر منها؟ قال: لابأس اذا كان معروفاً بينكما(٤).

يحتمل ان يكون قوله عليه السلام: (اذا كان الخ) اشارة الى رد مانقل التذكرة عن بعض العامّة: انه اذا كان الزيادة معروفاً بينهما لايجوز أخذها، لان كونها معروفاً بمنزلة الشرط، فان العادة نازلة منزلة القول به والشرط أو أنه اذا كان معلوماً يعطون ذلك مع العلم والمعرفة.

نعم يمكن حملها على ما اذا لم يشترط جمعاً بين الأدلة، فان في كثير من الروايات اشارةً الى عدم الجواز مع الشرط.

مثل حسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا اقرضت ثم

---

(١) هذا من كلام الشارح قده.

(٢) لم نعثر على حسنة الحلبي المشتملة على لفظ الطازجيّة نعم هذه اللفظة في صحيحة يعقوب بن شعيب كما سمعت وحسنة الحلبي هكذا: عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا اقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس ان لم يكن بينكما شرط ـ التهذيب باب القرض وأحكامه حديث٢ وأورده في الوسائل باب ١٢ حديث٣ من ابواب الصرف وباب ٢٠ حديث١ من أبواب الدين والقرض.

(٣) يعني صاحب شرح الشرائع في المسالك ج١ ص ٢١٩.

(٤) الوسائل باب ٩ حديث ٧ من ابواب السلف.

....

جاءك (اتاك كا ئل) بخير منها فلا بأس ان (اذا كا) لم يكن بينكما شرط(١).

وحسنته أيضاً، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً، ثم يعطي (يقضي خ ل ئل) سوداً (وزناً يب) وقد عرف انها اثقل ممّا أخذ وتطيب نفسه ان يجعل له فضلها؟ فقال: لابأس به اذا لم يكن فيه شرط، ولو وهبها له كلها كان أصلح(٢).

وفيها دلالة على ان الزيادة هبة مستأنفة يجري فيها أحكامها، ولايحتاج الى صيغة على حدة، بل يكفي الاعطاء بطيب النفس لاعوضاً فيجري فيه أحكام المعوّضات كما هو مقتضى الأصل والقواعد.

وقد تردد فيه في شرح الشرائع، ثم رجّح مارجحنا، وقال: ولم أقف فيه على شيء.

ولعلّه أوجه خصوصاً مع الشك في انتقال الملك عن مالكه على وجه اللزوم فتأمّل فيه.

وتدل عليه أيضاً رواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط الآ مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل، ولايأخذ أحد منكم ركوب دابّة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه(٣).

كأنّها صحيحة، ولايضرّه اشتراك محمد بن قيس، لان الظاهر انه البجلي الثقة لانه روى عنه يوسف بن عقيل(٤)، وقال النجاشي انه وعاصم بن حميد

(١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٢ حديث ٣ ـ ٢ من ابواب الصرف.

(٢) كلها صلح ـ كان.

(٣) الوسائل باب ١٩ حديث ١١ من أبواب الدين والقرض.

(٤) وسندها كما في باب القرض حديث ١١ من التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن يوسف بن عقيل، عن محمد بن قيس.

....

يرويان عنه.

وقد ذكرنا واثبتنا مراراً ان الذي روى عنه عاصم، هو البجلي الثقة.

وأيضاً قال النجاشي والمصنف في الخلاصة وغيره: ان البجلي له كتاب، ونقلا عن القميّين أن ليوسف بن عقيل كتاباً، وقالا: الظاهر أنّ الكتاب لمحمد بن قيس، فانه تلميذه وينقل عنه، وما ذكر أحد أن لمحمد بن قيس ـ الضعيف أبي أحمد الذي يروي أيضاً، عن أبي جعفر عليه السلام ـ كتاباً، وكذا للممدوح مع عدم ثبوت، نقله عن الإمام عليه السلام.

وهذه صحيحة صريحة في المنع والتحريم عن الزيادة الوصفيّة، وعدم جواز أخذ عارية للقرض، وقد تقدم الجواز في الانتفاع بالرهن في حسنة محمد بن مسلم(١)، فيحمل على الشرط وعدمه كما هو الظاهر من الأدلّة.

فلو لا الحمل، بل ولو لا هذه الرواية لكان قول الشيخ والجماعة قوياً بما تقدم مع عدم نصّ صحيح في المنع في الوصف، لأنّ الاخبار المتقدّمة انما دلّت بالمفهوم على البأس مع الشرط، وهو اعم من الكراهة والتحريم فكان الحمل على الكراهة أولى فتأمّل.

ثم إن ظاهر الاخبار المتقدمة وجوب أخذ الأجود، ذكره في التذكرة وليس ببعيد، وعدم الأخذ بعيد، وتكليف المقترض بغير الأجود منفيّ بالأصل، وبأنه فضل ماله وزيادة بلا مانع، فيجب القبول، ولدخوله تحت مثل المال، ولما تقدّم من الوجوب في السلف.

نعم يمكن المنع في الزيادة العينيّة، وهنا أيضاً لاينبغي مع عدم المنّة(٢)،

---

(١) راجع الوسائل باب ١٩ حديث ٤ من ابواب الدين والقرض.

(٢) لاينبغي امتناع المقرض من أخذ الزيادة العينيّة اذا لم يكن هناك منّة من المقرض على المقترض، بل يكون للقابل منّة على المعطي منّة من حيث صيرورته سبباً لتحقق الاعانة على البرّ.

ولو تبرّع المقترض بالزيادةجاز.

بل قد يكون المنّة له لوقبل خصوصاً اذا تعسّر تعيّن الحق بغير زيادة لفقد الكيل أو الوزن ولم يقبل أن يأخذ مايحتمل حقّه، ويبرء عن الزيادة لوكانت.

ويدلّ على استحسان القبول حسن القضاء والاقتضاء(١)، وهوظاهر.

قوله: «ولو تبرّع المقترض بالزيادة جاز» قد عرفت جوازها له ويمكن فهم استحبابها.

ويدلّ عليه ماروي عن العامّة: ان النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم اقترض قرضاً من رجل بكراً، فقدمت عليه ابل الصدقة، فأمرأبا رافع ان يقضي الرجل بكره، فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها الّا جملاً خياراً رباعياً، فقال: اعطه ايّاه، انّ خير الناس احسنهم قضاءً(٢).

وقد دلّ عليه أيضاً ماتقدّم، من استحباب حسن القضاء والاقتضاء.

وجميع مايدلّ على حسن الاحسان(٣)، دليله، بل دليل استحباب حسن

---

(١) الوسائل باب ٤٢ من ابواب آداب التجارة وباب ١٦ من ابواب الدين والقرض وفيه، قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: ان الله تبارك وتعالى يحبّ العبد يكون سهل البيع، سهل الشراء، سهل القضاء، سهل الاقتضاء.

(٢) صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٢٤ باب من استسلف شيئاً من كتاب المساقاة رقم ١٦٠٠ ومتن الحديث هكذا: عن أبي رافع: ان رسول الله صلّى الله عليه (وآله) وسلّم، استسلف من رجل بكراً فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامرأبارافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبورافع فقال: لم اجدفيها الاخياراً رباعياً فقال: اعطه اياه ان خيار الناس أحسنهم قضاءً (انتهى) وفي تعليقة للعلامة النووي أبوزكريا محيى الدين يحيى بن شرف الدمشقي الشافعي المتوفى حدودسنة٦٧٧ (كمافي الكنى ج٣/٢٢٥): على صحيح مسلم عند نقل الحديث هكذا: البكر، الفتى من الابل كالغلام من الآدميين،خياراً رباعياً يقال: جمل خيار، ناقة خيارة، أي مختارة، والرباعي من الابل ماأتى عليه ست سنين ودخل في السابعة حين طلعت رباعية، والرباعية بوزن الثمانية، السن التي بين الثنية والناب (انتهى).

(٣) لاحاجة الى ذكر موضع ماذكره الشارح قدس سرّه بعد كون اصل الحكم عقلياً مؤيداً بالنقل، فراجع ابواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف من الوسائل ج١١ ص ٥٢١.

وكل مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصحّ إقراضه.

القبول أيضاً، (١)، وقد يجب القبول كما مرّ فتأمّل.

قوله: «وكل مضبوط الخ» اشارة الى تعيين مايجوز اقراضه واقتراضه.

قال في التذكرة: يجوز اقتراض المثلي اجماعاً.

قيل: المراد به مايتساوي اجزائه في القيمة والمنفعة وان تفاوت بعض أوصافه.

والظاهر ان المراد، غالباً وفي اكثر الافراد، وفي كل صنف بالنسبة الى مثله لامطلقا ودائماً والا فالحنطة مثلاً قد تتفاوت افرادها واصنافها، فان قيمة سنّ الجمل (الحمل خ) ليس كقيمة غيره وهو ظاهر، والغلبة أيضاً غير منضبطة، وبالجملة تحقيقه لايخلوعن اشكال فتأمّل.

وسيجئ في باب الغصب له مزيد تحقيق فانتظر.

والقميّ ان كان مما يمكن ضبط وصفه ـ وهو الذي يجوز بيعه سلفاً ـ فالظاهر جوازهما(٢) فيه أيضاً من غير خلاف كما يظهر من التذكرة(٣).

وان لم يمكن ضبطه ولايجوز بيعه سلفاً فظاهر المتن عدم جوازهما فيه حيث ذكر الضبط وقيّد الصحّة (فيه خ) به بالأوصاف بحيث يرفع الجهالة، وهو الذي يجوز بيعه سلفاً.

وظاهر أدلّة الإقراض والاقتراض يشمل الجميع من غير مانع ظاهر الآ

---

(١) راجع الوسائل باب ٨٨ من ابواب مايكتسب به ج١٢ ص ٢١٢ وسنن أبي داود ج ٣ ص ٢٩٠ طبع مصر باب في قبول الهدايا،وغيرهما.

(٢) الظاهر من ارجاع الضمير الى الاقراض والاقتراض.

(٣) عبارة التذكرة هكذا: الاموال إما من ذوات الامثال أو من ذوات القيم فالأوّل يجوز اقراضه اجماعاً قال بعد العبارة المذكورة: واما الثاني فان كان مما يجوز السلم فيه جاز اقراضه أيضاً وان لم يكن مما يجوز السلم فيه فقولان تقدما (انتهى) فيظهر منه ان مايجوز السلم فيه جاز اقراضه قولاً واحداً.

فـان كـان مثلياً يـثبت (ثبت خ) في الذمّة مـثله، **والّا** القيمة وقت التسليم؛

عـدم دفع المثل لاحقيقـة، ولاصـورة، وليس بمانع، لجواز دفـع القيمة كما في سائر المعاوضات فتأمّل.

قوله: «فان كان مثلياً الخ» اشارة الى مايجب على المقترض من العوض ولاشك انه يـثبت المثل في ذمّته في المـثلي، فيـجب دفعه مع الوجود عـرفاً، فيجب القبول على المقرض.

والظـاهـر أنـه يجب القـبـول لـو اعطى عين مـالـه بـالطـريق الأولى، والا فالقيمة.

والظاهـر قيمته (قـيمـة خ) وقت الطلب والتسلّيم، فان طـلب ولم يسلّم ثم حصل المثل فـالظاهر أنـه الواجب، وهويـدل على انه لايتـعيّن القـيمة عـند الدفع، ولاعند التعذر، ولاعند الطلب فكأنه ليس مراد من قيّد بالطلب.

ودليله ماشير الـيه وهو انه مالم يطـلب ولم يسلّم لم يتعيّن القيمة ـفالى حين الطلب والتسليم ـ ليس الواجب الّا المثل وحينئذٍ ينتقل اليها وهو الظاهر.

وان لم يكن مـثـليّاً، فظاهر المصنـف هنا وجماعة انـه يلزم قيمـة وقت تسليم القرض مطلقاً.

لعلّ دليـلـه ان القيمـي انما خرج عن ملـك المـالك بالعـوض، ولـيس له العوض الّا القيمة لـعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات، ولما خرج عن ملكه وقت التسليم والقبض وضمنه القابض فليس عليه الا قيمة وقت القبض والتسليم.

وقـال بعض ـ كالمصنف في التـذكـرة ـ: انه ان كان ممّا يجوز فيـه السلم فالأقرب أنه يضمـنه بمثله مـن حيث الصورة، والّا فالـقيمة وقت الـقبض لأنه وقت تملّك القرض.

....

دليل الأوّل(١) صدق الاسم في الجملة، وما روي في الأخبار أن النبيّ صلّى الله عليه وآله استقرض بكراً وردّ بازلاً(٢)، والبكر الفتى من الابل، والبازل الذي تمّ له ثمان سنين.

وقد مرّ أيضاً انه صلّى الله عليه وآله أمر بردّ رباعيٍّ عوضاً عن البكر(٣)، وغيرهما من اخبار العامّة.

وظاهر ذلك انه من غير تراضٍ، بل يدل على وجوب قبوله ظاهراً.

وقد يمنع ذلك، مع عدم وضوح السند والمثليّة أيضاً، ولكن ذلك مؤيّد بأن المتبادر من شرع القرض، الرفاهيّة بالنسبة الى المقترض، فالتسامح فيه مرغوب، وانه متعارف كونه بالمثل حتى فيما لامثل له في الأكثر بين الناس مثل الخبز والحيوان.

قال في التذكرة: يجوز اقراض الخبز عند علمائنا، وكذا قال في الحيوان وقال في الخبز: يجوز مثله عدداً ووزناً.

وقد تقدّم من الفقيه في رواية السكوني، عن أميرالمؤمنين عليه السلام لابأس باستقراض الخبز(٤).

وقال في التذكرة: إطباق الناس عليه، ولأنّ الصباح بن سيّابة سأل الصادق عليه السلام: انا نستقرض الخبز من الجيران فنردّ اصغر منه أو اكبر؟ فقال: نحن نستقرض الجوز، الستين والسبعين عدداً فيكون فيها الصغيرة والكبيرة،

---

(١) وهو قوله قده: ان كان ممّا يجوز الخ.

(٢) راجع سنن أبي داود ج٣ باب في حسن القضاء ص٢٤٧.

(٣) تقدم آنفاً تعيين موضع نقله.

(٤) الوسائل باب ٢١ حديث ٣ من ابواب الدين والقرض والراوي غياث ولم نعثر على رواية السكوني بهذاالمضمون ولم يتقدم منه قده مثل هذه الرواية من الفقيه ولم نعثر عليها في الفقيه أيضاً فتتبع.

ولايجب دفع العين وان كانت موجودة.

فلا بأس(١).

ولعلّ الوجه أنه مع التراضي لايضرّ الزيادة والنقصان (أو) انهما في الخبز هيّن ويتسامح به (أو) انه لقلّة ذلك التفاوت وعدم اعتباره لاينظر الى مثله في الشرع خصوصاً في أمرٍ يكون للمسامحة.

فلا يحتاج جواز بيع الخبز عدداً الى عدم العلم بالتفاوت كما قاله في الدروس، لوجود التفاوت غالباً وللرواية.

لعلّ مراده التفاوت الفاحش الخارج عن العادة والغالب، بان يكون أحدهما مناً مثلاً والآخر نصفه فتأمّل.

ويفهم عرفاً، أنه اذا أعطى عين ماله في جميع الصور، يجب القبول ولايطلب غيره الا مع التغيّر المنقّص للقيمة، ولهذا قال في الشرائع: ولو قيل يثبت مثله أيضاً كان حسناً، مثل القيمي مطلقاً.

ولكن قال الشارح: لاقائل به منّا(٢)، ولأن الأصل عدم لزوم شئ آخر غير عين المال، ومثله عرفاً، وخرج مالامثل له صورة وعرفاً، ولعدم القائل بقي الباقي فكانه لذلك رجح المصنف في التذكرة ذلك فيما يمكن ضبطه، وله مثل والقيمة في غيره.

قوله: «ولايجب دفع العين الخ» دليل عدم وجوب دفع العين أن العين صارت ملكاً للمقترض، فله الاختيار في جهة القضاء.

---

(١) الوسائل باب ٢١ حديث ١ من ابواب الدين والقرض وصدرها هكذا عن الصباح بن سيابة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ان عبدالله بن أبي يعفور أمرني ان اسألك قال: انانستقرض الخ.

(٢) قال في المسالك: ماهذا لفظه: الكلام هنا في موضعين (احدهما) ان الواجب في عوض القيمي -وهو مايختلف اجزائه في القيمة والمنفعة كالحيوان- ماهو؟ أقوال (احدها) وهو المشهور- قيمته مطلقا (الى ان قال): (ثانيها) مامال اليه (يعني المصنف) هنا ولعله افتى به الا انه لاقائل به من اصحابنا الخ.

....

وكأنه اشار الى دليله بقوله: (ويملكه)، فلو أخّره متفرعاً عن(١) قوله: (ويملكه المقترض بالقبض) لكان أولى كما فعل في القواعد حيث قال بعده: (فليس للمقرض ارتجاعه، بل للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل)(٢).

والظاهر عدم الخلاف في جواز اعطاء العين في المثلي، ووجوب قبولها والظاهر ذلك في القيمي أيضاً مطلقا وان كان لايخلو عن اشكال، ونقل عليه الاجماع في الدروس، عن الشيخ، مع وجود الخلاف ينشأ من ان العين صارت ملكاً ووجب المثل أو القيمة في القيمي مطلقا، وفي القيمي الذي لامثل له صورة مما لايمكن ضبط وصفه وبيعه سلماً أم لا.

فان كان الأول(٣) لاينبغي ايجاب أخذ العين كما في سائر المعاوضات، وان كان الثاني ينبغي تجويز الارتجاع وعدم الزامه بأخذ القيمة والمثل.

قال في التذكرة: اذا ردّ المقترض العين في المثلي وجب القبول، لانه أقرب إلى الحق من المثل، واما في غير المثلي فيحتمل ذلك لان الانتقال الى القيمة لتعذّر العين وقد وجدت فلزم القبول ولم يجب على المقترض دفعها، بل له دفع القيمة، لانه قد ملكه بالقبض وانتقل الى ذمته القيمة، وعلى هذا يحتمل ان لايجب على المالك قبول العين(٤).

فتأمّل ولعلّ العرف والتبادر من القرض والتسامح فيه من جانب المقرض دليل وجوب القبول خصوصاً في المثلي فانها من افراد المثليّ، بل أولى، وان كون

---

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة، ولعل الصواب لفظة (على) بدل (عن).

(٢) عبارة القواعد هكذا: ويملك المقترض القرض بالقبض، فليس للمقرض الخ)ايضاح الفوائد في حل اشكالات القواعد ج٢ ص٥ طبع قم المطبعة العلمية).

(٣) يعني ان العين صارت ملكاً الخ.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة مع اختلاف يسير في بعض الفاظه غير مخلّ بالمعنى.

ويملكه المقترض بالقبض.

الواجب هو القيمة، محمول على تقدير عدم اعطاء العين كما في المثلى فانه يجب المثل على تقدير عدم بذل العين فتأمّل.

وأما دليل التملك، فهو أنه عقد مملّك صدر من أهله في محلّه من غير مانع مع قصد التملك فينبغي ان يترتب عليه أثره ـ كما في غيره من العقود ـ وهو التملك والانتقال من المالك الى الغير.

ولأنّ الظاهر ان غرض المقترض ذلك وقد شرع القرض لذلك، فإذا صدق القرض ينبغي وجود ماشرع له والمسامحة أيضاً تقتضي ذلك.

ولكن هذا كلّه يقتضي التملك بمحض صدق القرض ولايكون موقوفاً على القبض، والقول به غير ظاهر وان كان له وجه.

وظاهر المتن وغيره من بعض العبارات أنه انما يحصل بعد القبض لابمجرّد القرض وتحققه بالايجاب والقبول.

ويمكن ان يكون المراد هنا ونحوه ـ بالملك بالقبض ـ اذا كان مجرداً عن العقد التام بالايجاب والقبول، ولكن صرّح في الدروس والتذكرة بالقبض بعده أيضاً.

ودليل التملك بالقبض ـ لاقبله ـ أنّ الأصل عدم الانتقال وصيرورته ملكاً للمقترض وخرج بعد القبض وبقي مادونه على أصله فتأمّل.

وقيل، بحصوله بالتصرف لابمجرّد القبض.

وبالقبض هو المشهور والمعقول، اذ في حصوله بالتصرف تأمّل، فان في حصول التملك بالتصرف اشكالاً، لانه ينبغي ان يكون التصرف متعقباً عن الملك فانه موقوف على الملك فلو عكس يكون دوراً.

ولايمكن الجواب بما قاله في شرح الشرائع: (وفيه نظر واضح، لمنع التبعيّة للملك مطلقا وتوقفه عليه، بل يكفي في جواز التصرف اذن المالك كما في غيره من المأذونات الخ).

....

لأنّ الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكاً ويكون عليه العوض لامطلقاً كما في سائر المعاوضات فانها على تقدير بطلانها لايجوز التصرف بأنّ الإذن قد حصل.

ولانه يشكل جميع التصرفات(١)، لان الوطي مثلاً لايمكن الا بالملك أو التحليل ومعلوم عدم الثاني، فاذا لم يكن الأوّل لم يجز، وكذا البيع ونحوه، فانه لايجوز لغير ماله الآ بالوكالة أو فضولاً ان جوّز، ومعلوم انتفائهما.

ولايجعل حصول الملك قبل التصرف بلحظة، كما في العبد المأمور بعتقه للضرورة، اذ لاضرورة هنا.

مع ان فيه مافيه أيضاً، لانه ليس بواضح ولاموجب له، ولهذا ترك المحقق الثاني ذلك التأويل فيه(٢) أيضاً، وقال: نقول: ان هذا العبد ملك للمأمور، بالدليل الشرعي وما نعرف وقته وموجبه، ولايضرّ ذلك.

ونقل في شرح الشرائع، عن الدروس: ان القائل بان الملك يحصل بالتصرف يقول: بانه كاشف

ويؤيّده(٣) ماذكره في التذكرة(٤)، القول الأول عن الشافعي، والقول الآخرله: انه يملك بالتصرف على معنى انه اذاتصرف تبيّن لناثبوت الملك قبله الخ.

وهو صريح فيه كما ترى، ويدلّ على ان المخالف فقط هو(٥)، وان

---

(١) في القرض.

(٢) يعني في العبد المأمور بعتقه، قد ترك المحقق الثاني التأويل بحصول الملك قبل التصرف.

(٣) يعني يؤيّد مانقله في شرح الشرائع عن الدروس من القول بكون التصرف كاشفاً.

(٤) قال في التذكرة ج ٢ ص ٦: مالفقه مسألة قد بيّنا ان المستقرض يملك بالقبض بعد العقد وهو احد وجهي الشافعي والقول الآخر انه يملك بالتصرف على معنى انه اذا تصرف تبين لنا ثبوت الملك قبله الخ.

(٥) يعني الشافعي فقط.

....

التصرف كاشف ولكن هذا أيضاً فيه مافيه، لما مرّ غير مرّة ان لاتحصل للكشف في الفضولي ونحوه، على انه لابدّ أن يرجع الى القول بالقبض، اذ لاقول آخر، فالنزاع لفظي، وفي تحقق الكاشف.

وبالجملة كلا التوجيهين مؤيّد لبطلان القول بان الملك انما يحصل بالتصرف خصوصاً الأخير فتأمّل، ولهذا قيل: بان الملك بالقبض.

واعلم انه نقل في شرح الشرائع عن الشيخ، القول بوجوب ردّ العين على تقدير طلب المقرض محتجاً بانه عقد يجوز فيه الرجوع كالهبة في موضع الجواز، ثم قال: وهذا التعليل ظاهر في كونه متفرعاً على تملّك المقترض.

وظاهر عبارة القواعد المتقدّمة يدل على عدم الخلاف حينئذٍ حيث فرّع عدم وجوب الرد على التملك كما تقدم، ثم قال:(١) وجواب الاحتجاج (وجوابه ـالمسالك ـ) المنع من المساوات، فان تملك المقترض العين يقتضي تسلّطه عليها واللازم له انما هو العوض فيتخيّر فيه، ولايلزم ثبوت الرجوع في الهبة بدليل خارج الحاق غيرها بها.

ويمكن تعليله أيضاً بالاتفاق على أن القرض عقد جائز، ومن شأن العقد الجائز أن من اختار فسخه رجع الى عين ماله (الى قوله): وهذا وجه (توجيه ـالمسالكـ) حسن لم ينبّهوا عليه الخ.

يمكن ان يقال: عبارة القواعد ومثله عبارة التذكرة أيضاً مع نقل القول الذي نسب الى الشيخ هنا عن الشافعي، وقال: هو أظهر وجهي الشافعي وما نقل الخلاف الآ عنه وقال: ان للمقرض الرجوع في العين مع وجودها وان ملك المستقرض بالقرض ثم اشار الى الاحتجاج وجوابه المذكورين فتأمّل، بل قد نقل

---

(١) من قوله ره: وجواب الاحتجاج الى قوله: (لم ينبهوا) من عبارة المسالك ج١ ص٢٢١.

....

عن الدروس -من قبل- ان لاخلاف في عدم الملك بالتصرف، وقد ذكرنا عن التذكرة انه نقله قولاً عن الشافعي وقال على معنى انه اذا تصرف تبيّن لها (بها خ) ثبوت الملك قبله.

لايدل(١) على ذلك، اذ غاية مايدل عليه انه(٢) اعتقد تفرّع عدم الوجوب(٣) على الملك، ولمّا اعتقد أنّ ذلك هو دليل عنده، فرّع عليه ذلك ولم يلزم أن لاخلاف لأحد فيه واعتقاد صحّة دليله، فللمانع ان يمنع استلزام الملك ذلك ويقول بما قاله الشيخ(٤)، ولهذا نقل في التذكرة الخلاف مع تصريحه من القايل (بالقائل خ) بالتملك بالقبض.

وأيضاً ان احتجاج الشيخ بعينه ماأفاده بقوله: (**ويمكن الخ**)(٥) غاية الأمر أنه فصّله، اذ قوله: (عقد يجوز فيه الرجوع) مستدلاً على جواز الرجوع بالعين ووجوب ردّها على المالك، لامعنى(٦) له الا ماقاله وشبّهه بالهبة في انه بعد الفسخ يرجع الى العين.

وحينئذٍ في قوله: (لم ينبّهوا) تأمّل فلو قال: (لم يفصّلوه ولم يصرّحوا به) لكان اسهل.

وان الجواب(٧) ليس بجواب، اذ حاصله منع المساواة وابداء فرق بين

---

(١) الظاهر ان قوله قده: (لايدل على ذلك خبر لقوله قده: (عبارة القواعد الخ).

(٢) يعني العلامة في القواعد.

(٣) يعني عدم وجوب رد العين المقترضة على المقرض.

(٤) من قوله ره: بوجوب رد العين على تقدير طلب المقرض.

(٥) يعني صاحب المسالك في عبارته المتقدمة.

(٦) خبر لقوله قده: (اذ قوله الخ).

(٧) يعني الجواب الذي ذكره صاحب المسالك بقوله ره: **وجواب الاحتجاج الخ ماتقدم.**

....

الأصل وما شبهه به، وما كان الحجة(١) هي المساواة، بل كونه عقداً جائزاً الآ انه قال: كالهبة.

فمنع المساواة(٢) وابطالها لايضرّ، اذ يكفي في المطلوب كونه عقداً جائزاً، اذ خاصيّة العقد الجائز عندهم، الرجوع الى العين وهو ظاهر مقرّر عندهم ولذلك ماصرّح به واكتفى بالمثال فحَمَل الشهيد الثاني ره الحجّة على غير مايفهم وأجاب.

والظاهر ان ليس له جواب الآ ان يقال: هذا العقد الجائز خرج عن كونه مثل غيره في الاقتضاء المذكور، اذ ظاهر الملك هو اللزوم وعدم جواز الأخذ من المالك الآ برضاه، وخرج العقود الجائزة ـ غير القرض ـ بالاجماع على جواز فسخه بأن يكون لكلّ من المتعاقدين التصرف في عين ماله مع البقاء، ومع التلف أخذ المثل أو القيمة.

وليس لهم على ذلك دليل الآ الاجماع، ولا اجماع هنا فبقي اصل لزوم الملك وعدم جواز أكل مال الغير الآ بطيب نفسه عقلاً ونقلاً، ورجع جواز الفسخ هنا الى ان يكون له ان يفسخ هذا العقد في كل آن ويأخذ بدل ماله.

وقد أفاد(٣) هذا الجواب بعد هذا الاحتجاج على المشهور، وقال: اذا

---

(١) يعني قوله ره: ـ نقلاً عن الشيخ ـ: محتجاً بانه عقد يجوز فيه الرجوع.

(٢) التي في عبارة المسالك المتقدمة.

(٣) يعني صاحب المسالك فانه ره قال: ويمكن الاحتجاج للمشهور بناء على الملك بالقبض، بان الأصل في ملك الانسان ان لايتسلط عليه غيره الآ برضاه، والثابت بالعقد والقبض للمقرض انما هو البدل ليستصحب الحكم الى ان يثبت المزيل، ولاسند له يعتد به الا كون العقد جائزاً يوجب فسخه ذلك وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى الذي يدعيه، اذ لادليل عليه، وما اطلقوه من كونه جائزاً لايعنون به ذلك، لانه قد عبّر به من ينكر هذا المعنى، وهو الاكثر، وانما يريدون بجواز تسلّط المقرض على أخذ البدل اذا طالب به متى شاء، واذا ارادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وان كان مغايراً لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه وحينئذٍ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى (انتهى).

....

ارادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحّة في الاصطلاح.

وانت تعلم أنه بعيد عن معنى جواز فسخ العقد الجائز، لأن فسخ العقد معناه ابطال أثره الشرعي الذي رتّب عليه الشارع قبله، وهو كونه ملكاً للمقترض بما صدر من الفاسخ، فاذا لم يخرج العين الموجودة عن ملكه فلم يكن العقد مفسوخاً، وجواز التسلط على أخذ البدل كان مقتضىً للعقد والقبض وحاصلاً قبل الفسخ فليس ذلك أثره، بل لو فرض كونه عقداً لازماً لايجوز فسخه، كان ذلك حاصلاً بلا شك فليس النزاع في أمر اصطلحوا(١) عليه حتى يسامحهم عليه أحد، بل في ترتب الاثر الشرعي وهو ظاهر.

والذي يختلج في خلَدي(٢)، انه يبعد غفلة جماعة من العلماء العُمداء عن مثل هذا ويقولون بأنّ القرض عقد جائز يجوز للطرفين فسخه، ثمّ يدّعون بعد الفسخ عدم وجوب ردّ المال الذي فسخ ما كان يملكه ويخرجه عن ملك الأوّل(٣) الى مالكه الأوّل مع طلبه، وكذا عدم وجوب قبوله عليه مع الردّ عليه، ويوجبون العمل بما اقتضاه العقد أوّلاً بعد فسخه، وهو المشهور، بل ادّعى الاجماع على ذلك كما مرّ من نقل الدروس ذلك عن الشيخ الذي نقل هنا القول بوجوب ردّه عليه.

فليس ببعيد، أن يكون النزاع، فيما قبل الفسخ، يعني اذا تحقق العقد مع الشرط وحصل المملّك الناقل، فمع عدم طريان فسخ عليه بالتقائل، أو من جانب واحد،هل يجب ذلك ام لا؟وحينئذٍ،الظاهرمع المشهور،ويضعّف خلاف الشيخ كماضعّفوه (٤)

---

(١) اشارة الى رد قول صاحب المسالك: (فلا مشاحة في الاصطلاح).

(٢) الخَلَد بالتحريك، البال يقال: وقع ذلك في خَلَدي اي في روعي وقلبي (مجمع البحرين).

(٣) هكذا في النسخ كلها.

(٤) في عبارته المتقدمة بقوله قده: بل قد نقل عن الدروس -من قبل- ان لاخلاف في عدم الملك

←

....

مع ان قوله الذي نقل عليه الاجماع في الدروس(۱) يؤيّد الجماعة، لانه اذا كان قبول القيمة عليه واجباً، فليس له طلب العين فيكون قوله ضعيفاً.

وحينئذٍ يكون احتجاجه ضعيفاً وقياساً بالهبة ولايصلح، والجواب بأن مقتضى القرض هو لزوم البدل ـ كما أجابوا ـ جيّداً، لأنه يكون مع بقاء العقد وامّا مع عدم البقاء فلا معنى له كما عرفت.

ويصحّ أيضاً احتجاج الشهيد الثاني للمشهور، بأن الأصل في ملك الانسان الا يتسلّط عليه غيره الّا برضاه، والثابت بالعقد والقبض للمقرض انما هو البدل فيستصحب الحكم الى ان يثبت المزيل الخ.

فانه لم يمكن صحته بدون ذلك، اذ لابقاء للثابت بالعقد بعد فسخه وزواله وهو ظاهر.

ولايندفع بما ذكر(۲) من أنهم يريدون لجوازه(۳) تسلّط المقرض على اخذ البدل اذا طالب به متى شاء، واذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الإصطلاح الخ(٤).

لما مرّ انه قد تقرر عندهم انه من العقود الجائزة لا اللازمة، وهذا الجواز لازم للعقود اللازمة، وقد مرّ تفصيل ذلك.

والظاهر ان لاحجة للمشهور الّا ماذكرناه وان كان النزاع حينئذٍ يصير قليل الفائدة، اذ للمقرض أن يفسخه ويأخذ ماله، وللمقترض أيضاً الفسخ واعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول.

بالتصرف الخ.

(۱) نقل عبارته برمته.

(۲) يعني ماذكره في المسالك.

(۳) والصواب بجوازه (بالباء).

(٤) من قوله ره: من انهم (الى هنا) من عبارة المسالك.

ولايلزم تأجيل الحالّ.

الّا أني ماأجد مفرّاً غيره الّا بالخروج عن قاعدتهم في كون القرض من العقود الجائزة وتفسيرهم ذلك بما مرّ فيصح المشهور، بما ذكره الشهيد الثاني.

وهو(١) مشكل لان الظاهر أنهم مايقولون بذلك، فيكون ماذكره ضعيفاً، والا فقول الشيخ ليس الّا، فافهم.

قوله: «ولايلزم تأجيل الحال» يعني لو أجلّ الحالّ من الديون، سواء كان في الأوّل مؤجّلاً، مثل ان كان ثمن مبيع نسيئة الى مدّة فحلّ، أو كان حالاً في الأصل بان كان ثمناً نقداً، فاطلق الدين على النقد أيضاً، أو بأن كان قرضاً بأن قال: اجّلتك مالي(٢) عندك الى كذا وكذا، لايلزم ذلك.

دليله، الاصل مع عدم موجبه، اذ القول ليس بموجب عندهم بالاجماع عندهم ظاهراً، بل وعد يستحبّ الوفاء به ولا كلام في ذلك عندهم.

ولكن نفهم وجوب الوفاء بالوعد من العقل والنقل الا ان عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك والا كان القول به جيّداً كما نقل عن بعض العامّة.

ويمكن جعله أعمّ من عدم لزوم الاجل في أصل القرض أيضاً، بأن يقال: لمّا تقرّر ان القرض حالّ في أصله، فيمكن ان يقال: لايلزم تأجيل الحالّ أي تأجيل مايقتضي موجبه حلولّه فلا يكون عدم لزوم الأجل في القرض بالتأجيل متروكاً، بل يكون مذكوراً كما في سائر الكتب.

والظاهر أنّ دليله الاجماع والأصل مع عدم الموجب كما مرّ الّا أنّ ماقلناه ممّا يدل على وجوب الوفاء بالوعد والعقد مثل أوفوا(٣)، و«لِمَ تَقولُون

---

(١) يعني هذا المفرّ مشكل.

(٢) بجعل (ما) موصولة يعني الذي لي عندك الخ.

(٣) المائدة - ١.

....

مالا تفعلون(١)، و- المسلمون عند شروطهم(٢)، وغير ذلك، يدل(٣) على اللزوم.

ولو وجد القائل لكان القول به جيّداً جدّاً وان لم يكن -لعدم الخروج عن قولهم أيضاً- دليل واضح، اذ الاجماع غير واضح ولادليل غيره الّا أنه يحتاج الى جرأة.

نقل عن مالك في التذكرة أنّ القرض يثبت له الأجل ابتداءً وانتهاءً بأن تقرضه مؤجّلاً وتقرضه حالاً ثم يؤجّله، وأجاب عن دليله -بأن المؤمنين عند شروطهم-(٤)، لايدلّ على الوجوب فيحمل على الاستحباب.

وانت تعلم ان ظاهره الوجوب(٥) وكذا غيره.

ويدلّ عليه أيضاً مضمرة الحسين بن سعيد، قال: سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم الى أجل مسمّى، ثم مات المستقرض أيحلّ مال القارض عند موت المستقرض منه أو لورثته من الأجل ماللمستقرض في حياته؟ فقال: اذا مات فقد حلّ مال القارض(٦).

ولايضرّ اضمار مثله، لعظم شأنه في الطائفة فيمنع ذلك عن نقل مثله الذي كالصريح أنه عن الإمام عليه السلام، عن غيره، ولاعدم صراحة دلالتها،

---

(١) الصف - ٢.

(٢) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٥٨ طبع قم - مطبعة سيدالشهداء.

(٣) خبر لقوله قده: (ان ماقلناه الخ).

(٤) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٣٥ - ٢٩٥ وج ٢ ص ٢٥٧ وج ٣ ص ٢١٧ وعبارة التذكرة هكذا: قال مالك يثبت الاجل في القرض ابتداء وانتهاءً، اما ابتداءً فبان يقرضه مؤجلاً، واما انتهاءً فبان يقرضه حالاً ثم يؤجله (انتهى).

(٥) فان القضايا الإخبارية في مقام الانشاء آكد في الدلالة على الوجوب من الانشاء نفسه كما قرر في الاصول.

(٦) الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.

الّا أن يشترط في لازم.

لانها كالصريح في تقرير السائل في أنّ الأجل لازم في القرض مطلقا للمستقرض من غير تفصيل بأنّه إن كان شرط في عقد لازم، يلزم، والا فلا.

ويدل عليه **أيضاًمن جهةمفهوم** (١) الشرط الذي هو حجّة عندهم.

وحملها في الشرائع(٢) على الاستحباب، ولعلّه لعدم القائل أو الاجماع، فتأمّل.

قوله: «الا ان يشترط في لازم» يعني لايلزم تأجيل الحالّ الا ان يجعل تأجيله في عقد لازم، مثل ان يقول: بعتك هذه الدار بكذا وشرطت عليك ان يكون دينك أو قرضك الفلاني مؤجّلاً الى سنة، وقبل المشتري.

وقال في التذكرة(٣): بعتك هذا بشرط **ان تصبر(تصّيره خ)** بالدين كذا أو اشترى على هذا الشرط الخ. وفيه تأمّل.

فيؤجّل ذلك الدين حينئذٍ ويلزم الوفاء به للأدلّة المتقدمة مع عدم المانع المذكور هناك، هنا، بل يمكن عدم الخلاف هنا.

ولأنّ جزء عقد لازم، لازم.

وقد مرّ معنى لزوم الشرط هل أنه يجب الوفاء به فيأثم اذا خالف ويبطل العقد أولا، بل يحصل الاثم فقط، ويترتب على المخالفة أثرها فيجعل الشرط كالعدم أو لايترتب، بل يلزم عليه.

مثلاً لو خالف وعزل الوكيل عن وكالته المشترطة يأثم ولايبطل العقد

---

(١) وهو قوله عليه السلام: اذا مات فقد حل مال القارض.

(٢) قال في الشرائع: الثانية لو شرط في القرض لم يلزم، وكذا لو أجل الحالّ لم يتأجل، وفيه رواية مهجورة تحمل على الاستحباب (انتهى).

(٣) عبارة التذكرة هكذا: بعتك كذا بشرط ان تصيّر عليّ بالدين الحال كذا، أو اشترى على هذا الشرط فانه يبقى لازماً بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (انتهى).

....

فيحتمل ان ينعزل وان لاينعزل أو أنه يثبت الخيار للمشتري؟ وظاهر كلام الاكثر هو الأخير، ومقتضى الشرطيّة هو الأوّل أي البطلان كأنه لاقائل به.

فمقتضى الأدلّة الدالّة على وجوب الايفاء بالعقود والشروط، هو الوجوب واللزوم والاثم بالمخالفة دون البطلان، فان الشرط كأصل العقد، ومقتضى كونه كالعقد هو الاثم فقط.

ثمّ انه هل يخرج ذلك الشرط عن الجواز بالكلّية ويصير لازماً من الجانبين مثل أصله أو يتعدّى عنه أيضاً بحيث لايسقطه التقائل والتراضي أيضاً، أو ان نفعه للمشترط (له خ) فقط ليحصل له التسلط على الفسخ اذا لم يأت صاحبه بما شرط، فاذا رضي هو بعدم الاتيان بالشرط لايلزم الآخر فعله ولايأثم بتركه.

وظاهر جعله كالأصل هو اللزوم من الجانبين كالأصل كما هو ظاهر قولهم: ان الشرط الجائز في لازم، يجعله لازماً ويقلب اللازم جائزاً(١) وان كان يظهر ممّا تقدم في بيان شرط العقد أن نفعه للمشترط له فقط.

ولايخفى أنّ هذا اذا لم يكن لغيرهما مدخل في الشرط، واما معه فلا، مثل شرط العتق.

ويظهر في هذا المحلّ من التذكرة الأوّل، لأنّه قال بعد شرط التأجيل في عقد لازم: واذا دفع المقترض أو المديون المال قبل الأجل لم يجب على صاحبه قبضه، سواء كان عليه في ذلك ضرر أولا(٢).

وهو كالصريح في ذلك، ولكن هو مبنيّ على كون الأجل لازماً وعدم وجوب القبول قبله في مطلق المؤجّل، وقد مرّ فيه التأمّل فتذكر.

---

(١) يعني يقلب العقد اللازم لو خلي وطبعه جائزاً بتخلف الشرط.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

ويجب نية القضاء مع غيبة المالك .

وعلى هذا فيخرج بالشرط في اللازم جميع الامور الجائزة، عن أصله، ويدخل في اللزوم بحيث يبطل أثر جوازه بالكليّة، فلو شرط الوكالة في عقد لازم مثل بيع أو اجارة أو نكاح يلزم تلك الوكالة بحيث لايبقى لاحدهما العزل والانعزال، فلو فعل يمكن أن يأثم فقط ولم يحصل أثره.

ولكن الأصل جواز ذلك الشرط مع عدم ظهور لزومه بهذا المعنى، اذ لايظهر دليل عليه سوى شرطه في عقد لازم، وفي ايجابه ذلك خفاء يدل على عدم ظهور ذلك كلّه ويوجب التأمّل في ذلك فيمكن حصول العزل مع الاثم.

ويمكن حصول الخيار للمشترط كما اذا لم يفعل التوكيل ابتداءً وبطلان العقد، وان لايكون مؤثراً من الجانب الذي أخذ الشرط منه، لانه الغرض من الشرط ويبقى الآخر على حاله، وهذا اظهر فتأمّل.

قوله: «ويجب نيّة القضاء الخ» الظاهر أنّ المقصود انه يجب الوفاء عند الطلب، فان لم يكن المالك حاضراً بل غائباً، يقصد الوفاء بمعنى انه يكون في قصده، اذ اخطر بباله بمعنى ان يكون جازماً على الاداء وقت الحضور عند الامكان الشرعي والطلب.

وكأنه اجماعيّ مستنداً الى أنه يجب الا تيان بهما امكن، والى **صحيحة** عبدالغفار الجازي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل مات وعليه دين قال: ان(١) كان على بدنه أنفقه من غير فساد، لم يوأخذه الله عزّوجلّ اذا علم من نيّته الاداء الّا من كان لايريد ان يؤدّي عن امانته فهو بمنزلة السارق، وكذلك الزكاة أيضاً، وكذلك من(٢) استحلّ ان يذهب بمهور النساء(٣).

---

(١) في الكافي: ان كان اتى على يديه من غير فساد.

(٢) اذا استحل مهور النسوان خ ل يب.

(٣) الوسائل باب ٥ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

....

وفيها، تحريم الاسراف وعدمه على البدن وجواز الدين للصرف فيه وتحريمه للفساد وفوريّة الأداء فافهم.

وتدل عليه رواية زرارة بن اعين، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لايقدر على صاحبه، ولاعلى وليّ له ولايدري بأي أرض هو؟ قال: لاجناح عليه بعد ان يعلم الله منه أن نيّته الأداء(١).

ولايضرّ وجود أبان(٢) فيها.

ومرسلة ابن فضّال، عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: من استدان فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق(٣)(٤).

وهي تدل على العموم، وهذا يؤيّد الاثم بالقصد والنيات فتأمّل.

والظاهر عدم الفرق بين الغائب والحاضر الّا انه لما كان في الحاضر يجب الأداء (و خ) ماذكر النيّة، ولكن قد لايتمكّن عنه هنا أيضاً فالقصد لازم كالغائب حتى يؤدّي.

قال في شرح الشرائع: ان وجوب نيّة القضاء ثابت على كل من عليه حقّ، سواء كان ذوالحق غائباً أم حاضراً الا ان ذلك من أحكام الإيمان كما قالوا في العزم على فعل الواجب الموسّع في وقت الترك.

وفيه تأمّل، اذ دليله غير ظاهر، ولو كان من أحكام الايمان ينبغي الخروج

---

(١) الوسائل باب ٢٢ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) سندها كما في التهذيب هكذا: أحمد بن محمد، عن فضالة، عن أبان، عن زرارة بن أعين قال: سألت الخ.

(٣) فروع الكافي باب الرجل يأخذ الدين وهو لاينوي قضائه حديث ٢، وفيه من استدان ديناً فلم ينو الخ.

(٤) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.

والوصيّة به مع أمارة الموت وعزله.

عنه بعدمه، وليس كذلك فقصدهم غير ظاهر، ويمكن كونه من أحكام الايمان اذا كان ضرورياً وليس ببعيد كونه كذلك الا في النادر فيقبل عذره.

على انه لو كان ينبغي قصد وجوب الأداء، أي اعتقاد وجوبه لاقصد الأداء أو فعل الواجب، فان قصد فعل الصلاة الواجبة أداءً، الظاهر انه ليس من أحكام الايمان بالمعنى المذكور، لانه لو اعتقد وجوبها وقصد عدم فعلها لو لم يفعل لم يكفر، فلعل قصدهم ماذكرناه فتأمّل.

قوله: «والوصيّة به مع امارة الموت وعزله» وجوب الوصيّة به عندهم مع ظهور علامة الموت، كأنّه لاخلاف فيه.

ويدلّ عليه بعض الاخبار(١) أيضاً مؤيّداً بالاعتبار، فانه لولم يفعل يمكن عدم علم الورثة فيضيع المال خصوصاً اذا لم يكن الشهود المقبولة، ومعها يمكن عدم حصول الشهادة، وانه يحتاج الى اليمين، ولانها غاية مايمكن حينئذٍ في ردّ مال الغير، بل يقولون: يجب عليه الوصيّة بما له وبما عليه وسيجيئ في الوصيّة.

وأما وجوب العزل فذكروه أيضاً، ودليله غير ظاهر الّا مايتخيّل انه غاية مايمكن، وانه اقرب الى الوفاء، وبعيد عن تصرف الغير.

ولكن الايجاب بمثل هذا مشكل الّا ان يكون اجماع أو نحوه.

ويشكل أيضاً تعيّنه بذلك بحيث لو تلف يكون من مال الغريم من غير ضمان الا مع التفريط والتقصير، فالقول به بعيد، نعم فائدة التعيين مامرّ والتأكيد في الأداء، ودفع وجوب(٢) المعيّن (العين خ).

ولايبعد وجوب الاشهاد أيضاً في الكلّ مع **الامكان والقول بوجوب والوصيّة**

---

(١) راجع الوسائل باب ٢٩ ج ٢ من ابواب الاحتضار.

(٢) هكذا في النسخ كلها مطبوعة ومخطوطة ولعل الصواب: وجوب دفع المعيّن.

وقوله: (وعزل الدين) يمكن أن يكون تتمّة للوصيّة أي يجب حينئذٍ الوصيّة والعزل كما هو الظاهر، ويمكن كونه عطفاً على (نيّة القضاء) فيكون واجباً في الغائب مطلقا، ولكن ينبغي ان لايكون مطلقا بل مع طول الغيبة واليأس من الحضور، فيعزل احتياطاً ويشهد عليه ويوصي به لصاحبه.

هذا مع معلوميّة صاحبه.

وأمّا لو لم يكن يعرفه، قيل: إجتهد في طلبه بمعنى أن يبذل جهده على العادة باستخباره في مواضع يمكن كونه هناك عادة الى أن ييأس، فيتصدّق على موضع التصدّق المندوب وان كان واجباً عليه أو على وارثه، لانه في أصله مندوب على مالكه وليس بواجب عليه، فالوجوب عليهما كوجوب التصدّق المندوب على الوكيل والوصيّ. فيجوز على السادة والأغنياء، والأحوط أن يكون على مستحق الزكاة كما ـ هو ظاهر عبارات الأصحاب في أمثاله لوجوبه الآن على المتصدّق.

والظاهر من دليل(١) وجوبه ومن كلامهم، التصدق على المستحقين، ويؤيّده: (إنّما الصدقات)(٢)، ولانه لرفع الاحتياج، ولأنّ المالك أرضى به، ولأنه أحوط.

ولكن في وجوب التصدّق تأمّل، ولهذا ماجوّزه ابن ادريس وتوقف العلاّمة في اكثر كتبه على مانقل في شرح الشرائع، وقال: لعدم النص، ولأن تصدّق مال نفسه لغيره مع عدم ابراء نفسه، غير معلوم الجواز، لأنهم يقولون حفظه واجب، ولانه كالإسراف والتبذير المنفي(٣)، وان كان لبرائة الذمّة وحصول الثواب، فانه غير

(١) راجع الوسائل باب ٢٢ من ابواب الدين والقرض وباب ٢ و٧ و١٨ من كتاب اللقطة.

(٢) التوبة ـ ٦٠.

(٣) راجع الوسائل باب ٢٥ ـ ٢٦ ـ ٢٧ و٢٩ من ابواب الانفاق من كتاب النكاح، وباب ٣٥ من ابواب آداب السفر من كتاب الحج وباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى وما اشبهه.

....

ظاهر مع انه قد يكون عيناً.

ولاينبغي النزاع في الجواز اذا كان ديناً، لانه ماله، ومال الغير في ذمته، وقضية التسلّط جواز التصرف في ماله ماشاء، والأصل وعدم ظهور المانع، لان صرْف المال في وجه الله، ولبرائة الذمّة ـ ولو احتياطاً ـ لايسمّى اسرافاً ولا تبذيراً، ولأن النصّ في مال الغير ـ اذا لم يعلم صاحبه ـ كثيرجداً(١) وقد سلمه أيضاً.

وليس التوقف، لعدم النص، ولايحتاج الى الخصوص، بل لوجود نصّ على عدم التصدّق هنا بخصوصه مع تلك النصوص وهو:

صحيح معاوية بن وهب، قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام، عن رجل كان له على رجل حقّ ففقد ولايدري أحيّ هو أم ميّت؟ ولايعرف له وارث، ولانسب ولابلد؟ قال: اطلبه، قال: ان ذلك قد طال فأصدّق به؟ قال: اطلبه(٢).

ويمكن حملها على عدم اليأس بالكلّية، لأنّ الأمر بالطلب معه لايحسن من الحكيم، وهو ظاهر، والاستحباب، والتخيير، جمعاً بين الأدلّة.

وقال في التذكرة ـ بعد ان قال: فان أيس قيل: يتصدّق به عنه، وذكر رواية زرارة ـ(٣) ـ: وهذه الرواية(٤) صحيحة السند، وتدل من حيث المفهوم على منع التصدّق و وجوب الطلب دائماً.

ولايخفى بعده، لأنّ الطلب مع اليأس وعدم إمكان الوجدان، عبث لايؤمر

---

(١) راجع الوسائل باب ٤٧ من ابواب مايكتسب به وباب ٢ ـ ٧ ـ ١٧ و١٨ من كتاب اللقطة.

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب ميراث الخنثى وما اشبهه وباب ٢٢ حديث ٢ من ابواب الدين والقرض.

(٣) الوسائل باب ٢٢ حديث ١ من ابواب الدين والقرض.

(٤) يعني رواية معاوية فانه ذكرها أيضاً فراجع التذكرة الفصل الثاني من كتاب الديون ج ٢ ص ٣.

به فكأنّ مراده(١)، مع عدم اليأس، وان كان بعيداً، لأن الغرض معه كأنه يريد اليأس في الجملة كما أشرنا اليه في التأويل للجمع فذلك غير بعيد، ولاينافي ماقاله الاصحاب.

ويؤيّد القول بجواز التصدق، أنّه انما تصرّف الآن في ماله ويقصد عن المالك وحصول الثواب له ولاضرر عليه، لانه ان ظهر ورضي، والّا فيأخذ العوض في الدنيا والآخرة، **فهومحسن** ينبغي عدم السبيل عليه في هذا الفعل بطلب العوض عنه، لافي الدنيا، ولافي الآخرة لنفي جنس السبيل عنه(٢)، وليس بتضييع للمال، لحصول الثواب له على تقدير عدم الرضا، وبراءة الذمة على تقديره.

وظاهر هذا الكلام وكلامُ الاصحاب انه حينئذٍ لايحتاج الى الوصيّة لانه قد بره ذمّته بذلك.

وفيه تأمّل لاحتمال أن يظهر بعده ولم يرض ويكون للمديون مال يمكن الوفاء فلا يبعد حينئذٍ وجوب الأداء فالوصيّة به ينبغي، وانما فائدة التصدق جواز التصرف في باقي الأموال ان كان فيه عين موجودة غير ممتازة، والخروج عن عهدة الواجب وعدم الضمان مع عدم ظهور الصاحب على الظاهر.

ثمّ ان كان الايصال الى الحاكم ممكناً ينبغي اختيار ذلك، لأنه وكيل الغائب، وأيضاً ان أراد التصدق، هو أعلم بمواقعه.

والظاهر حينئذٍ حصول براءة المتصرف المديون، واما الحاكم فهو اعرف.

وأيضاً الظاهر عدم الخروج عن الضمان على تقدير العزل والوصيّة، وان تعيّن دفع ذلك من جهة الوصيّة، لأصل عدم صيرورته له الا بقبض المالك أو وكيله

---

(١) يعني كان مراد العلامة من قوله: (ووجوب الطلب دائماً) فرض عدم اليأس وان كان هذا الاحتمال بعيداً.

(٢) اشارة الى قوله تعالى: وَما علَى المحسنين من سبيلٍ.

ولو مات المالك سلّمه الى ورثته أو من يتفقون عليه.
ولو جهله تصدّق به عنه مع اليأس.
ويجوز أخذ ثمن ماباعه الذمّي من خمر وشبهه.

وأصل عدم براءة الذمّة بعد الشغل، وهو ظاهر، وانما الفائدة ماتقدّم(١)، واتباع(٢) قول العلماء مع عدم نصّ فيه، ومجرّد جواز العزل باذنهم، لايدلّ على سقوط الضمان وان قلنا انه امانة فتأمّل.

قوله: «ولو مات المالك الخ» دليل وجوب التسليم الى الوارث ووكيلهم الذي يتفقون عليه بعد موت المالك، ظاهر.

قوله: «ولو جهله الخ» مرّ شرحه مفصلاً عن قريب(٣).

قوله: «ويجوز أخذ ثمن الخ» يعني اذا كان للمسلم على الذمي دين يجوز أخذه منه من ثمن مالايجوز أخذ ثمنه للمسلم ويجوز ذلك للذمي، مثل ثمن خمر باعه الذمي على مثله الذي يجوز له البيع، عليه بشرط عدم الظهور والاستتار وان علم المسلم الآخذ منه.

دليله ان له عليه ثمناً، فيكون في ذمته وفي ماله مطلقا، فيجوز أخذه من كلّ ماله اذا كان ممّا يجوز تملكه له ويبرأ ذمته بمها يصدق عليه اسم حقّه.

وكأنه الاجماع أيضاً مستنداً اليه، والى الأخبار.

مثل صحيح داود بن سرحان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم، فباع خنازير أو خمراً، وهو ينظر فقضاه؟ قال: لابأس به أمّا للمقضي فحلال، واما للبايع فحرام(٤).

---

(١) من قوله قده: وانما فائدة التصدق جواز التصرف الخ.

(٢) عطف على قوله قده: ماتقدم.

(٣) بقوله قده -في شرح قول المصنف ره-: والوصية به: واما لو لم يكن يعرفه الخ فلاحظ.

(٤) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من ابواب الدين والقرض.

....

وهذه في التهذيب في باب الدين، ورويت في الكافي في باب بيع العصير والخمر في الحسن، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام(١).

فيها تأمّل، لأنه ان حملت على كون البايع مسلماً فظاهر الاصحاب وبعض الاخبار عدم جواز الأخذ، وان حملت على الذمي فقوله: (للبايع حرام) محلّ التأمّل، اذ يجوز له ذلك خفية الا ان يحمل على الاظهار كما هو الظاهر(٢).

ولو سلّم تحريمه للبايع حينئذٍ (في حين الظهور خ)، فكونه حلالاً للقابض مشكل، وبالجملة هذه لاتخلو عن اشكال.

وحسنة زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمراً وخنزيراً ثم يقضي منها؟ قال: لابأس أو قال: خذها(٣).

وهذه أيضاً غير مقيّدة بالذمي، ويمكن حملها عليه.

وصرّح بالذمي في رواية منصور، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: لي على رجل ذمّيّ دراهم، فيبيع الخمر والخنزير وانا حاضر أفيحلّ لي أن آخذها؟ فقال: انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك(٤).

وفي السند كلام(٥) مع احتمال عدم العلم بكون ذلك المدفوع ثمن الخمر بعينه، وبالجملة الاخبار مختلفة حتى يوجد في بعض منها جواز التصدق بثمن الخمر.

وفي حسنة محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل ترك

---

(١) الوسائل باب ٦٠ حديث ٢ من ابواب مايكتسب به.

(٢) من قوله: (وهو ينظر) كما لايخفى.

(٣) الوسائل باب ٦٠ حديث ٣ من أبواب الدين والقرض.

(٤) الوسائل باب ٦٠ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٥) وسندها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن فضال، عن يونس بن يعقوب، عن منصور.

ولا تصح قسمة ما في الذمم.

غلاماً له في كرم له يبيعه عنباً أو عصيراً، فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه؟ قال: لايصلح ثمنه، ثمّ قال: ان رجلاً من ثقيف أهدى الى رسول الله صلّى الله عليه وآله راويتين من خمر فأمر بهما رسول الله صلّى الله عليه وآله فاهريقتا، وقال: ان الذي حرّم شربها حرم ثمنها، ثمّ قال أبو عبدالله عليه السلام: ان أفضل خصال هذه التي باعها الغلام، ان يتصدق بثمنها(١) ويمكن حملها على العصير، وكراهة الثمن، واستحباب التصدق به، وعلى جهل مالك الثمن الذي اشترى الخمر، فيتصدق بثمنه.

وفيها بعد، وفي بعض الاخبار: يجوز بيع الخمر والخنزير وقضاء الدين منها بعد موت من اسلم وعليه دين، ولا يجوز له بنفسه بيعها(٢).

والحاصل انه ان كان اجماع فيعمل به، والا فالأخبار مختلفة بحيث يشكل الجمع بينها وانطباقها على القوانين فتأمّل.

ومعلوم عدم جواز الأخذ من الحربي، لعدم الرواية، وعدم الجواز له، لعدم تقرير الشرع له على مذهبه.

وقيّد في الذمّي أيضاً بالستر كما أشرنا اليه، ولكن ليس بمعلوم أنه حرام فقط فيجوز (له خ) الأخذ أو أن الأخذ حرام فلا يجوز، كأنه اظهر وأحوط.

قوله: «ولايصحّ قسمةما في الذمم» يعني لو قسّم(٣) ما في الذمم لأشخاص -بان قال أحدهما للآخر: أنّ ما في ذمّة فلان، لك تستوفيه، وما في ذمّة فلان، لي، أستوفيه، ورضي الآخر، أو يكون في ذمّة شخص واحد قسّموا بينهما كذلك، فلو قال: ما في الذمّة كان اعمّ واخصّ.

---

(١) الوسائل باب ٥٥ حديث ١ من ابواب مايكتسب به.

(٢) راجع الوسائل باب ٦١ حديث ١ من ابواب مايكتسب به وباب ٥٧ ذيل حديث ٢ منها.

(٣) لوقسّم فعل الشرط، وقوله قده: لايصحّ تلك القسمة جواب الشرط.

....

لايصحّ تلك القسمة اي لايترتب عليها أثرها فيبقى المال على شركته، فكلّ ماحصل بيد أحد فالآخر شريكه فيه، مثل ماكان قبل القسمة ـ فلا يجوز التصرف فيه الّا باذن الشريك،.

الحكم(١)، المشهور بينهم ومستندهم رواية غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليهم السلام في رجلين بينهما مال (منه ئل) بايديهما ومنه غائب عنهما اقتسما (فاقتسما خ) الذي في أيديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض احدهما ولم يقبض الآخر؟ قال (فقال خ): ماقبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما(٢).

ويؤيّده عدم التعيين، والقسمة فرعه، والشهرة ليست بحجّة، وابن ادريس مخالف، ونقل عنه أن لكل واحد ماقبض كما هو مقتضى القسمة.

والمستند غير معتبر لوجود غياث كأنه (ابن ابراهيم) البتري.

وأدلّة لزوم الشرط تقتضيه، وكذا التسلط على مال نفسه، وجواز الأكل مع التراضي، والتعيين التام ليس بمعتبر في القسمة، بل يكفي في الجملة كما في المعاوضات فانه يجوز البيع ونحوه.

ولان الدين المشترك بمنزلة الدينين لشخصين وللمالك ان يخصّ أحدهما دون الآخر.

فلو كان قائل بتخصيص كلّ واحد قبل القسمة بحصته، لأمكن ذلك أيضاً، فان الثابت في الذمّة أمر كلّي قابل للقسمة، وانمايتعيّن بتعيين المالك فله ان يعين.

---

(١) يعني هذا الحكم الذي ذكرناه في توضيح عبارة المصنف هو المشهور بين الأصحاب.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من كتاب الضمان.

ولو باع الدين بأقلّ منه وجب على المديون دفع ماعليه الى المشتري على رأي.

ولكن الظاهر انه لاقائل بذلك قبل القسمة، وبعدها، القول به نادر من غير دليل، والشهرة مع الخبر المجبور بها، تمنع ذلك ويؤيّده الاستصحاب والاحتياط فتأمل.

قوله: «ولو باع الدين باقل الخ» يعني لو باع شخص دينه الذي في ذمّة آخر من أجنبيّ بأقلّ ممّا عليه، عيناً أو قيمة بحيث ماحصل فيه الربا، صحّ البيع بشرائطه، وان كان صرفاً وجب على المديون الذي بيع ماعليه من الدين، دفع جميع ماعليه وما وقع عليه العقد، الى المشتري على رأي المصنف، وهو المشهور والموافق للقوانين.

لانه عقد صدر من أهله في محلّه، ووقع على الجميع، فهو أحد الطرفين فينتقل الى مشتريه كما ينتقل جميع الطرف الآخر الى البايع كما هو المقرّر في المعاوضات.

والرأي اشارة الى رأي آخر نقل عن الشيخ، وهو انه لايلزم على المديون دفع اكثر ممّا اعطاه المشتري الى البايع الذي هو صاحب الدين.

ولايظهر له وجه الّا رواية محمد بن الفضيل، قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل، ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له: ادفع اليّ مالفلان عليك فقد اشتريته منه؟ فقال: يدفع اليه قيمة مادفع الى صاحب الدين وبرء الذي عليه المال من جميع مابقي عليه(١).

ورواية أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه منه بعَرَض ثم انطلق الى الذي عليه الدين فقال

---

(١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٥ حديث ٣ - ٢ من أبواب الدين والقرض.

له: اعطني مالفلان عليك فاني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: يردّ عليه الرجل الذي عليه الدين، ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له عليه الدين.

وفيها ـ مع ضعف السند ـ كما قاله في التذكرة ـ ان محمد بن الفضيل نقل هذا المضمون تارة عن الامام عليه السلام، وتارة عن أبي حمزة عن امام آخر عليه السلام(١)، وقد يجعل الشيخ مثل ذلك قادحاً للرواية(٢)، وان لم يكن كذلك.

وانها مخالفان للقوانين، بل الكتاب والسنة خصوصاً الاولى، فانها تدل على تملك المديون، الباقي ولاوجه له.

وان الثانية لاصراحة لها فيما قاله الشيخ، اذ قد يكون ماله الذي اشتراه به مساوياً لما عليه، كما هو المتعارف في المعاوضات، من عدم الزيادة قاله في التذكرة، وما نقل فيها الّا الأخيرة، واجاب به، وبضعف السند، وبالحمل على ماذا حصل الربا(٣).

ولايمكن شيء منها في الاولى(٤) الا بحمل (مابقي)(٥) على ماكان عليه

---

(١) فانّ سند الاولى ـ كما في الكافي باب بيع الدين بالدين ـ هكذا: محمد بن يحيى وغيره، عن محمد بن أحمد، عن محمد بن عيسى، عن محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام الخ. وسند الثانية هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن علي، عن محمد بن الفضيل، عن أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام الخ.

(٢) فكيف افتى رحمه الله بما حاله هذه هنا.

(٣) عبارة التذكرة ـ بعد نقل خبر أبي حمزة عن الباقر عليه السلام ـ هكذا، وهو (يعني خبر أبي حمزة) ـ مع ضعف سنده ـ غير صريح فيما ادعاه الشيخ لجواز ان يكون المدفوع مساوياً، وأيضاً يحتمل ان يكون ربويا ويكون قد اشتراه بأقل فيبطل الشراء، ويكون الدفع جائزاً بالاذن المطلق المندرج تحت البيع (انتهى).

(٤) يعني رواية محمد بن الفضيل المتقدمة.

(٥) في قوله عليه السلام: من جميع مابقي.

ولا يجوز بيع الدين بدين آخر وان اختلفا، ويجوز بيعه بعد حلوله، على المديون وغيره، وبيعه بمضمون حالٍ لا مؤجّلٍ.

فتأمّل.

ثم اعلم انه يجب ملاحظة عدم الربا وشرط الصرف لو كانا اثماناً كسائر شروط البيع.

والظاهر عدم لزوم اعتبار الثاني لو وقع بطريق الصلح، بخلاف الأوّل فان الظاهر دخول الربا فيه كما مرّ فتأمّل.

قوله: «ولا يجوز بيع الدين الخ» دليل عدم الجواز هو الرواية المشهور من طريق العامّة، عن النبيّ صلّى الله عليه وآله: لا يجوز بيع الكالئ بالكالئ(١).

ومن طريق الخاصّة رواية طلحة بن زيد، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: لا يباع الدين بالدين(٢).

قال في القاموس: الدين، ماله أجل، وما لا أجل له فقرض، والكالئ والكلائة، بالضم، النسيئة.

فلا يكون المحرّم الّا مع كون العوضين كليهما مؤجّلين.

ولكن هل يعتبر كون التأجيل قبل العقد أم لا؟ وجهان، بل يصدق مع تحققه بعده أيضاً بان يبيع احدهما متاعه مؤجّلاً من الآخر بثمن كذلك، وذلك أيضاً يكون محرّماً.

وظاهر العرف ذلك(٣)، بل كلام الفقهاء أيضاً حيث ما جوز الاكثر الّا

---

(١) المستدرك للحاكم النيسابوري الشيعي المتوفّى ٤٠٥ ـ ج ٢ ص ٥٧ من كتاب البيوع عن ابن عمر، عن النبيّ صلّى الله عليه وآله، وقال بعد نقل الحديث: هذا حديث صحيح على شرط مسلم والبخاري ولم يخرجاه (انتهى) وكنز العمال ج ٤ ص ٧٧ تحت رقم ٩٦٠.

(٢) الوسائل باب ١٥ حديث ١٠ من أبواب الدين والقرض.

(٣) يعني ظاهر العرف اعتبار تاجيلهما في صدق الكالئ بالكالئ.

....

السلف أو النسيئة(١)، وقالوا: لا يجوز تأجيلها، لانه بيع الكالئ بالكالئ.

ويمكن تخصيصه بالأول(٢)، لانه المتبادر من قوله: بيع الدين بالدين والكالئ بالكالئ، اذ يفهم ظاهر تقدم الوصف على العقد.

ويؤيّده الأصل مع عدم العلم بالاطلاق عرفاً، وأدلّة جواز العقد من الكتاب والسنة والاجماع حتى يتحقّق النقل وذلك متحقّق فيما تقدم على العقد دون الغير.

مع ان سند روايتي المنع والتحريم غير معلوم الصحّة، لان الاولى عاميّ مانعرف سندها(٣)، والثانية ضعيفة بـ(طلحة بن زيد البتري) فالاقتصار على موضع اليقين أولى، وان قيل بصدقه عليه أيضاً عرفاً.

ومثله الكلام في صدقه على مافي الذمّة حالاً، فانه يطلق (يصدق خ) عليه عرفاً الدين، يقال: لي على فلان دين كذا وكذا، وانه مايعطى ديني.

وبالجملة يطلق على مافي الذمّة مطلقا حالاً ومؤجلاً، وهو شايع في العرف وان لم يكن في اللغة على ماتقدم، فيمكن التحريم لذلك أيضاً ولكن قد يرجّح الجواز بما تقدم.

فالظاهر انه لاكلام في جواز بيع الدين الحالّ على من عليه، بالعين، وبما في الذمّة حالاً ومؤجلاً، وفي المؤجل بالأخيرين تأمّل، بل مطلقا لعدم استحقاق الطلب وإمكان(٤) التسليم اللذين هما شرط لصحّة العقد.

---

(١) يعني حصرهم الجواز بالسلف الذي يكون التأجيل في المثمن أو النسيئة التي يكون التأجيل فيها في الثمن ظاهر في صدق التأجيل فيهما بنفس العقد.

(٢) يعني التأجيل قبل العقد.

(٣) لم نعثر عليه مسنداً في كتب العامّة أيضاً.

(٤) يعني عدم امكان التسليم.

....

وقد يمنع(١) عند العقد بل يكفي في الجملة، وعند طلب المشتري، فلو كان الأجل مثل الأجل الأوّل أو أكثر يمكن الجواز.

وأما على العين فقد نقل المنع عن ابن ادريس مطلقا، وغيره جوّز بعد الحلول ومنع(٢) القبل بالأخير، بل الأوّل أيضاً لما مرّ.

وأنت بعد التأمّل فيما تقدم تحقّق الأمر، فإنّ دليل الجواز قويّ فما خرج بالدليل الشرعي، فهو الممنوع، والباقي يبقى على حاله، والذي تحقّق المنع منه كون كليهما ديناً مؤجلين قبل العقد لاغير وان كان الاحتياط يقتضي منعه أيضاً فتأمّل.

ثم انه لابدّ في الجائز منها ملاحظة شرائط البيع من عدم الزيادة وغيره، وقوله: (وان اختلفا) اشارة الى دليل(٣) المنع ليس اتفاق الجنس وتحقق الربا بالتفاوت بالاجل بل كونه ديناً يمنع مطلقا.

وقوله: (ويجوز بيعه بعد حلوله على المديون وغيره) يحتمل ان يريد به كما هو الظاهر، (بالعين)، سواء كانت حالاً أو مؤجلاً، وقوله: (وبيعه بمضمون حالّ لامؤجّل) صريح في ذلك يعني بعد الحلول يجوز بيعه عليه وعلى غيره لكن لامطلقا بل بالعين مطلقا وبالمضمون الحالّ اي في الذمّة.

فمفهومه أنه لايجوز قبل الحلول بيعه مطلقا، وبعده بالمؤجّل، وهما(٤) محلّ التأمّل، وقد مرّ سببه وما يدلّ على جوازه قبل الحلول أيضاً بغير دين قبل العقد مطلقا وبعده كذلك بالطريق الاولى.

وان الذي ثبت تحريمه هو القسم الواحد، وهو الدين المؤجّل بالمؤجّل بشرط

---

(١) يعني قد يمنع كون امكان التسليم معتبراً عند العقد بل يكفي إمكانه عند طلب المشتري.

(٢) يعني منع غير ابن ادريس بيعه قبل حلول الاجل بالمؤجل لكونه من مصاديق بيع الدين بالدين.

(٣) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة ولعل الصواب ان دليل المنع الخ.

(٤) الظاهر ان الضمير عائداً إلى بيعه مطلقا وبعده بالمؤجّل.

ومن عليه حق وله مثله تساقطا، وان كان مخالفاً افتقر الى التراضي.

ولو دفع المديون عروضاً(١) للقضاء من غير مساعرة، احتسب بقيمتها يوم القبض.

كونها كذلك قبل العقد، وبالحقيقة دليله الاجماع لعدم صحّة الخبر.

ولو عمل بالخبر ينبغي **تحريم المؤجّل مطلقاً بما في الذمّة أيضاً كما هو ظاهر** عبارة المتن للصدق عرفاً وان لم يكن لغة فتأمّل ولاتخرج عن الاحتياط علماً وعملاً.

قوله: «ومن عليه حق الخ» لعلّ دليله مايظهر ان الحقين متساويان من غير فرق ومرجح، فيبرء ذمة كل واحد بما له في ذمة الآخر، ولايظهر دليل آخر.

وينبغي التراضي، لأنّ شغل الذمّة معلوم، ولاتحصل البرائة الّا به شرعاً، اذ لكلّ حقّ، يمكن ان يكون له طلبه واستيفائه ولايمنع من ذلك حقه في ذمته كما في الحدود والتعزيرات ولاشك ان الأحوط هو التراضي من الجانبين بالابراء والصلح ونحوهما كما اذا كان مخالفاً، بان يكون احدهما ذهباً والآخر فضّة، أو أحدهما نقداً والآخر جنساً أو كل واحد جنساً.

قوله: «ولو دفع المديون الخ» وجه احتسابها بالقيمة يوم القبض، انه انما دفعها عوضاً عن ماله، فلمّا لم يكن مثل ماله احتاج الى المساعرة وقت الدفع (اليه خ) بنيّة القضاء ودخوله في ملك الغريم عوضاً عن ماله، ولافرق في ذلك بين كون المدفوع مثليّاً وقيمياً فانّ القيمة يوم القبض لابدّ منه في الكلّ.

والظاهر انه يدخل في ملك القابض، لكن بشرط قبضه اقتضاءً أو بغير قصد غير ذلك فتأمّل.

ويؤيّده صحيحة محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت اليه في رجل كان

---

(١) والعرض بالسكون، المتاع (الى ان قال) والجمع عروض مثل فلس وفلوس (المصباح المنير).

ويحل الديون المؤجّلة بموت المديون لا المالك.

له على رجل مال فلمّا حلّ عليه المال أعطاه به (بها يب ئل) طعاماً أو قطناً أو زعفراناً ولم يقاطعه على السعر، فلما كان بعد شهرين أو ثلاثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن أو نقص، بأيّ سعرين يحسبه(١) لصاحب الدين؟ سعر يومه الذي اعطاه وحلّ ماله عليه أو السعر الثاني بعد شهرين أو ثلاثة يوم حاسبه؟ فوقّع عليه السلام: ليس له الاّ على حسب سعر وقت مادفع اليه الطعام ان شاء الله، قال: وكتبت اليه: الرجل استأجر أجيراً ليعمل له بناء أو غيره، من الاعمال وجعل يعطيه طعاماً أو قطناً أو غيرهما ثم تغيّر الطعام والقطن عن سعره الذي كان اعطاه الى نقصان أو زيادة أيحسب له بسعره يوم اعطاه، أو بسعره يوم حاسبه؟ فوقّع عليه السلام يحتسب (يحسب ئل يحتسبه يب) سعر يوم شارطه فيه ان شاء الله (٢).

وظاهره ان المكتوب اليه هو الحسن العسكري صلوات الله عليه وعلى آبائه وولده.

والدلالة ظاهرة، والسند واضح، مع ان المطلوب أيضاً واضح بحمدالله.

قوله: «ويحل الديون الخ» وجهه أنّ بقاء الدين على الميّت بعد موته لامعنى له، ومعلوم انه لم ينتقل الى ذمّة الورثة للأصل، ولعدم تكليف أحد بفعل غيره، والظاهر أنه اجماعي أيضاً.

وسنده الروايات، مثل صحيحة الحسين بن سعيد، قال: سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم الى أجل مسمّى ثمّ مات المستقرض أيحلّ مال القارض عند موت المستقرض منه أو لورثته (للورثة ئل) من الأجل مثل ما للمستقرض في

---

(١) في الوسائل والتهذيب: بعد قوله: (يحسبه) قال: لصاحب الدين الخ ولكن الظاهر زيادة لفظة (قال) كما نقل عن التذكرة.

(٢) الوسائل باب ٢٦ حديث ٥ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة.

حياته؟ فقال: اذا مات فقد حلّ مال القارض(١).

ولايضرّ الإضمار، لما مرّ غير مرة.

ورواية أبي بصير، قال: قال أبوعبدالله عليه السلام: اذا مات الميّت (الرجل ح ل) حلّ ماله، وما عليه من الدين.

ورواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام انه قال: اذا كان على الرجل دين الى أجل ومات الرجل حلّ الدين.

ويدلّ عليه أيضاً الاخبار الدالة على عدم الصلاة على الميّت حتى ضمن عنه(٢)، وبالجملة الأوّل ظاهر.

وأما عدم حلّه بموت المالك فهو ظاهر النظر(٣)، لان المال كان مؤجّلاً وانتقل الى الوارث ينبغي ان يكون كما كان، ولعدم لزوم شيْ على احد بموت غيره، وللاستصحاب.

ولكن في بعض العبارات والروايات مثل رواية أبي بصير المتقدّمة مايدلّ على حلّ ماله على الناس أيضاً، فحينئذٍ يلزم ان يحلّ بموت المالك أيضاً.

وكلام البعض ليس بحجّة، والرواية التي مستنده، ضعيفة السند بالإرسال، فانه رواها محمد بن عبدالجبار، عن بعض أصحابه، عن خلف بن حماد، عن إسماعيل بن أبي قرّة(٤)، وهو أيضاً مجهول وأبي بصير(٥) مشترك، وفي خلف(٦)

(١) أورده واللذين بعده في الوسائل باب ١٢ حديث ١-١-٣- من ابواب الدين والقرض.

(٢) راجع الوسائل باب ٢ و٣ من كتاب الضمان.

(٣) الظاهر أنّ المراد ان عدم حلول الدين بموت المالك ظاهر من حيث النظر والاستدلال ولكن ظاهر بعض الاخبار وبعض الكلمات حلّه.

(٤) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٥) هكذا في النسخ والصواب (وأبو بصير).

(٦) لكن عدّه في تنقيح المقال ج ١ ص ٤٠١ من الحسان بعنوان خلف بن حماد الكوفي وفي معجم ←

والدية في حكم مال المقتول تقضى منها ديونه و وصاياه، عمداً (كان خ) أو خطأ.

أيضاً قول وان كان ضعيفاً فلا يمكن الخروج عمّا ذكرناه بمثلها. ولاسيما قال في الفقيه: وقال الصادق عليه السلام: اذا مات الميّت حلّ ماله وما عليه(١).

قوله: «والدية في حكم مال المقتول الخ» الحكم لايخلو عن إشكال بحسب النظر وبعض القواعد الّا أنّ الظاهر أنه لاخلاف فيه، ومستندهم الروايات.

مثل رواية عبدالحميد بن سعيد، قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالاً فأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم ان يقضوا الدين (دينه ئل)؟ قال: نعم، قال: قلت: وهو لم يترك شيئاً؟ قال: قال: انما يأخذون (أخذوا ئل) الدية فعليهم ان يقضوا عنه الدين (دينه ئل)(٢).

السند لابأس به الا ان الظاهر انه ابن سعيد(٣)، لانه المذكور في رجال ابن داود والنجاشي والكشي وان لم يوثّق الا انه قيل: له كتاب فتأمّل.

ولايحتاج الى القول بأنّ الدية انتقلت الى الميّت فيجب قضاء ديونه ووصاياه منها متقدمة علي الارث حتى يشكل محلّ الانتقال وتملك الميّت، ثم يتكلّف بانه انتقلت اليه قبل الموت مع مافيه.

اذ يمكن ان يقال: انه يجب صرفها في وصاياه وديونه لأمر الشارع وان لم تصر ملكاً له، لأنها عوض عن نفسه، فصرفها فيما يخلّص نفسه من العقاب ويثيبه

الرجال ج ٣ للآية الخوئي مدظلّه في ترجمة اسماعيل ابي قرة: روى عن أبي بصير، وروى عنه خلف بن حماد الكوفي.

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ٤ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من أبواب الدين والقرض. قد رواه المشايخ الثلاثة بأسانيد متعددة.

(٣) بل قد صرح به في بعض أسانيد الشيخ ره في التهذيب فلاحظ الوسائل.

واذ اذن لعبده في الاستدانة لزم المولى اداؤه وان اعتقه على رأي.

أولى من صرفه الى الورثة، فصرفها فيها أولى من صرف ماله فيها، فدينه ووصيته مقدم على الارث وهما بمنزلة نفسه، فما دام هو محتاج لايجوز صرف ماله وعوضه في غيرها، وما بقي بعد ذلك يصير ارثاً للورثة.

ولافرق في ذلك بين كون القتل عمداً و أخذت الدية أو خطأ موجباً لها.

والظاهر عدم جواز العفو عنها في الخطأ، وفي جوازه عن القتل أو القصاص في العمد قبل أداء الدية تأمّل، وسيجيئ لهذا زيادة تحقيق ان شاء الله تعالى.

قوله: «وإذا اذن لعبده الخ» الذي يقتضيه النظر، أن العبد يملك قال في الدروس وغيره أنه **المشهور**(١) وان قال في التذكرة ان المشهور أنه لايملك (٢) وقد سبقت هذه المسألة، ويمكن كونه محجوراً عليه ولاشك في ذلك فيما اذا كان مستلزماً للتصرف في نفسه بحيث يتصوّر ضرر على المولى فلا يجوز بدون اذنه.

وأمّا مطلقا حتى قول اشتريت أو بعت من غير لزوم محذور، فيمكن عدم الحجر عليه كما نقله عن بعض العامة في التذكرة، ولكن (يمكن خ) ان يؤلّ الى المنازعة، والخصومة فيؤثر ضرراً، ويمكن كونه مجمعاً عليه عند الاصحاب وسيجيئ.

فكل مالزمه من غير اذن المولى من القرض وثمن المبيع وغيره لايضمنه المولى، ولايكون في كسبه أيضاً، بل يكون في رقبته الى ان ينعتق.

ولافرق في ذلك بين كون صاحب المال عالماً بذلك وعدمه، ووجهه ظاهر.

واما اذا اذن له ان يفعل ذلك لنفسه، فعلى القول بالملك يصح قرضه،

---

(١) قال في الدروس في كتاب البيع: واختلف في كون العبد يملك؟ فظاهر الاكثر ذلك (انتهى موضع الحاجة).

(٢) قال العلامة في التذكرة في كتاب الديون: المشهور بين علمائنا أن العبد لايملك شيئاً، سواء ملّكه مولاه شيئاً أو لا (انتهى موضع الحاجة).

....

وبيعه، وشرائه، وغير ذلك، وعلى القول بعدمه لايصحّ شيءٌ من ذلك، وهو ظاهر، لالنفسه، ولالمولاه لعدم تملكه، ولعدم الاذن للمولى وتوهم الصحّة للمولى ـ بانه اذن اذناً خاصاً، فاذا بطل العقد والخصوصيّة يبقى المطلق ـ فاسد، وهو ظاهر ومذكور في محلّه أيضاً.

وحينئذٍ يمكن الضمان على المولى ـ مع جهل المالك بالمسألة واعتقاده انه عبد مأذون من المولى، فما يتصرف فهو للمولى وان كان لنفسه ـ خصوصاً مع علم المولى بانه لايملك، لانه غارّ للمسلمين بصرف المال الى عبده، ولكن الظاهر العدم.

وأمّا على القول بالملك، فان كان المالك عالماً بالمسألة فلا ضمان على المولى، بل هو في ذمّة العبد الى ان ينعتق وهو ظاهر، لأن المالك عالم وإذن المولى بالتصرف لشخص مالك، لايوجب ضماناً.

والظاهر انه كذلك مع جهله أيضاً، لأنّ التقصير منه لامن المولى وقد سلّط المالك شخصاً مالكاً في نفس الأمر شرعاً على ماله فيكون الضمان عليه، وتوقّف جواز تصرفه على اذن المولى ـ وقد اذن ـ لايوجب ضماناً عليه وهو أيضاً ظاهر.

وأما اذا استدان للمولى باذنه فالظاهر انه لاكلام ولانزاع لاحد في لزومه على المولى كما نقل عن المختلف ووجهه واضح لانه كالوكيل فلا شيءٌ عليه الا مع الخروج عن الوكالة والفرض عدمه.

وأما الروايات فلا تخلو عن اضطراب، أصحّها سنداً صحيحة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال: ان كان اذن له أن يستدين فالدين على مولاه، وان لم يكن أذن له ان يستدين فلا شيءٌ على المولى ويستسعى العبد في الدين(١).

---

(١) الوسائل باب ٣١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

....

هذه ظاهرة أنّ الاذن للاستدانة للمولى وهو ظاهر، وعليه حملت، ولكن قوله عليه السلام (ويستسعي العبد) غير ظاهر، لأنه غير مأذون من المولى، فلا ينبغي الضمان عليه بوجهٍ، والسعي حال كونه عبداً ضمان عليه لان كسبه له.

ويمكن حمل الاستسعاء، على بعد العتق، وهو بعيد، مع ان الحرّ لايستسعى في تحصيل الدين الا ان يقال: ذلك اذا كان الدين حال الحرية، أو يحمل الاستسعاء على الجواز(١)، أو يقال: ان المولى لما اذن له في التجارة وهي مظنّة الاذن في الاستدانة له، فيكون الدين -خصوصاً اذا كان للتجارة- على المولى، ولمّا لم يأذن يكون في كسبه.

وفيه تأمل لانه ان كان من ضروريات التجارة بحيث يفهم الاذن فيه من الأذن في التجارة ينبغي ان يكون في مال المولى مطلقا، والا لم يكن الاستسعاء أيضاً.

(وأمّا) رواية ظريف الأكفانيّ(٢)، قال: كان اذن لغلامٍ له في الشراء والبيع فأفلس ولزمه دين فأخذ بذلك الدين الذي عليه وليس يساوي ثمنه، ماعليه من الدين فسأل أبا عبدالله عليه السلام فقال: ان بعته لزمك، وان اعتقته لم يلزمك الدين فعتقه ولم يلزمه شيءٌ(٣).

وما في رواية زرارة، من صرف مافي يد العبد التاجر ورقبته أيضاً في الدين، ومع عدم الوفاء يرجع المالك الى الورثة ان كان للمولى مال آخر الآ ان يضمن الورثة الدين فيكون المال والعبد لهم(٤).

---

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة ولعل الاصوب (المجاز) بدل الجواز.

(٢) يعني ظريف بياع الأكفان، الملقب بالاكفاني.

(٣) الوسائل باب ٣١ حديث ٣ من أبواب الدين والقرض.

(٤) وحيث ان الرواية مشتملة على مزايا أخر فالمناسب نقلها بعينها روى في الوسائل باسناده عن الشيخ ←

....

(فحملها) الشيخ على الاذن في الاستدانة أيضاً لافي البيع والشراء فقط لرواية أبي بصير المتقدمة(١).

وكذا رواية وهب بن حفص ـ الواقفي الثقة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام (الى قوله): وسألته عن مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك (ذلك خ ئل) مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه؟ قال: يستسعى فيما عليه(٢).

ولكن في الاولى اشكال من جهة الفرق بين العتق والبيع، ولهذا قال في التذكرة: فان استبقاه أو باعه يلزمه دينه وان عتقه يلزم العبد. ثم احتمل الزام المولى مطلقا مع الاذن في الاستدانة كالشيخ، وقال: هذا هو المشهور.

والاستسعاء في رواية ابن حفص أيضاً مشكل لما مرّ وما يوجبه(٣) الاصحاب المتقدمين(٤) للروايات مثل الشيخ وغيره.

أبي جعفر الطوسي في التهذيب باسناده، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن ابن محبوب، عن علي بن رئاب، عن زرارة قال: سألت أبا عبدالله (أبا جعفر خ ل) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه دينا وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة (ته خ ل) وان الورثة وغرماء الميّت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد، فقال: أرى ان ليس للورثة سبيل على رقبة العبد، ولاعلى مافي يده من المتاع والمال الا ان يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثة، فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يتقوّم العبد وما في يديه من المال، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فان عجز قيمة العبد وما في يديه عن اموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم ان كان الميّت ترك شيئاً، قال: وان فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء ردّه على الورثة ـ الوسائل باب ٣١ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض.

(١) الوسائل باب ٣١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ٣١ حديث ٦ من أبواب الدين والقرض وفيه وفي التهذيب والاستبصار عن أبي جعفر عليه السلام.

(٣) يعني لايوجب الاستسعاء اصحاب الروايات الناقلون لها كالشيخ وامثاله.

(٤) هكذا في النسخ والصواب المتقدمون بالرفع.

ويستوي **غرماؤه** وغرماء المولى في تقسيط التركة.

ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة فاستدان وتلف المال لزم ذمة العبد.

ولو لم يأذن فيهما فكذلك.

ولايتعدى العبد، المأذون.

مع انه ليس سند شئ منها بصحيح الآ رواية أبي بصير وفيها أيضاً تأمّل من جهة اشتراكه وان كان الظاهر انه الثقة.

والرأي(١) اشارة الى رأي آخر لبعض الاصحاب في انه ان اعتقه فدينه على العبد كما نقله في التذكرة، ونقل عن الشيخ ره في النهاية، وابن البرّاج لرواية ظريف المتقدمة ويمكن الى قول آخر انه مطلقا على العبد، **وكلاهما غير واضح، لما مرّ.**

قوله: «ويستوي غرمائه الخ» هذا ظاهر بعد كون الدين على المولى، فان دينه صار دين المولى ويستوي الغرماء في ذلك يقسّمونه بالنسبة.

قوله: «ولو اذن له في التجارة الخ» الظاهر انه أعم من ان منع الاستدانة أو سكت عنها.

ووجه لزوم الدين على العبد دون المولى ظاهر، ويفهم ممّا تقدم أيضاً، نعم يمكن ان يلزم المولى في صورة السكوت اذا كان الإذن في التجارة مستلزماً للاذن في تلك الاستدانة، مثل ضروريات التجارة مع عدم مال المولى عنده، فيكون مثل الاذن الصريح في الاستدانة فتأمّل.

ومعلوم انه لو لم يأذن في التجارة، ولا في الاستدانة أن حكمه حكم عدم الاذن في الاستدانة مع الاذن فيها في انه يلزم العبد، بل بالطريق الاولى.

وأيضاً معلوم عدم جواز تعدي العبد، بل غيره من المأذونين والوكلاء عمّا

---

(١) يعني في قول المصنف: (على رأي).

والاطلاق ينصرف الى الابتياع بالنقد.

ولو اذن في النسيئة فالثمن على المولى.

ولوأخذ ما اقترضه مملوكه تخيّر المالك في الرجوع على المولى والاتباع.

اذن فيه، وهو ظاهر.

قوله: «والاطلاق ينصرف الخ» اطلاق الاذن في البيع ينصرف الى البيع نقداً، سواء كان الاذن لعبده أو لغيره، لانه المتعارف الشايع، والمتبادر من قوله: (بع) مثلاً، ولأن المصلحة فيه، فلا يتجاوز الى مالامصلحة فيه ظاهراً الآ بالاذن، ولانه معلوم فيه الاذن دون الغير فيقف عنده، لعدم جواز التصرف في مال الغير عقلاً ونقلاً الآ باذنه، والشمول للنسيئة غير معلوم فيقف عنده لئلا يكون أكل مال بالباطل، وشمول التجارة عن تراض غير ظاهر، ويمكن كونه مجمعاً عليه ومنصوصاً أيضاً.

قوله: «ولو اذن في النسيئة فالثمن على المولى» معلوم كون الثمن على المولى لو اذن له في الشراء للمولى النسيئة كما ان في النقد عليه، ويمكن مع الاطلاق ينصرف الى المولى أيضاً، واما اذا صرّح بانه له فقد مرّ البحث فيه.

قوله: «ولو أخذ مااقترضه الخ» يعني لو اقترض مملوك شخص، من شخص وأخذه منه مولاه تخيّر المقرض بين الرجوع الى المولى ـ فان المال صار عنده فيأخذ عينه أو مثله أو قيمته ـ وبين الرجوع الى العبد، لانه المقترض، فلو لم يتمكن يصبر الى ان ينعتق ويملك مقداره فاضلاً عن مستثنيات الدين هذا ظاهر المتن.

وفيه تأمّل، لأنه إن كان اقتراض العبد لنفسه باذن المولى والعبد يملك ـ مع ان المصنف لايقول به ـ صحّ الاقتراض، ويشكل جواز أخذ المولى منه، وعلى تقديره فرجوع المالك اليه مشكل، لانه صار ملكاً للعبد، وان أخذ عنه المولى فليس له

الأخذ الآ عن العبد، مثل ان دان شخص غير العبد فأخذه عنه شخص آخر.

الآ ان يقال: بجواز أخذ عين مال القرض فيأخذه اينما كان، سواء كان المقترض عبداً أم لا، والآخذ مولاه أم لا.

وان كان للمولى باذنه، فالرجوع الى العبد لاوجه له وهو ظاهر.

وان كان بغير اذنه سواء كان لنفسه أو للمولى أو لنفسه بالاذن ـ مع القول بعدم الملك ـ كما هو مذهب المصنف.

فانه حينئذٍ ينبغي بطلان القرض فيلزم لوازم القبض بالعقد الفاسد، ويمكن تنزيل المتن على ذلك، وهو بعيد.

«فروع»

(الأوّل) يكره النزول على الغريم وأكل طعامه خصوصاً فوق الثلاثة وينبغي احتساب هديته من دينه.

لرواية سماعة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل ينزل على الرجل وله عليه دين أيأكل من طعامه؟ فقال: نعم يأكل من طعامه ثلاثة أيام، ثم لايأكل بعد ذلك شيئاً(١).

ورواية جرّاح المدائني، عن أبي عبدالله عليه السلام انه كره أن ينزل الرجل على الرجل وله عليه دين وان كان (وزنها)(٢) له الآ ثلاثة أيّام.

حمل الأولى ـ مع عدم الصحّة على الكراهة للجمع، والأصل، وسائر مايدلّ على الجواز لصحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه كره للرجل ان ينزل

---

(١) أورده والثلاثة التي بعده في الوسائل باب ١٨ حديث ١ـ٢ـ٣ـ٤ من أبواب الدين والقرض.

(٢) قد صرّها ـ ئل.

....

على غريمه، قال: لايأكل من طعامه، ولايشرب من شرابه، ولايعلف (يعتلف خ) من علفه.

لما مرّ، ولصحيحة جميل بن درّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يأكل عند غريمه أو يشرب من شرابه أو تهدى له الهديّة؟ قال: لابأس به.

ورواية غياث بن ابراهيم (البتري)، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: ان رجلاً أتى علياً عليه السلام، قال: ان لي على رجل دينا فاهدى الى هديّة؟ قال: احسبه من دينك عليه(١).

وينبغي في ذلك ملاحظة ان لايحصل للغريم أذى وكراهة وغيظ، فان اذى المؤمن وغيظه ـ نعوذ بالله منه ـ حرام فاذا أمكنه بحيث لايشعر به أو كان يحب له امثال ذلك فلا بأس، والاّ لاينبغي فعله، بل يبرء ذمته بمقدار ماحصل له منه النفع، بل الزيادة أولى.

(الثاني) قد مرّ أنّ القرض الذي يجرّ النفع حرام وقد نقل عليه الاجماع في شرح الشرائع وان مستنده خبر عن العامّة، وقد مرّ(٢) ومؤيّد بتحريم الربا في الجملة وان كان النفع المحرّم في القرض غير مشترط بحصول الربا لحصوله في غير الربويّ وليس سببه الربا، ولهذا يجوز القرض المؤجّل في الربوي أيضاً مع عدم جوازه في البيع وقد مرّ ان المراد مع الاشتراط.

وعليه يحمل الاخبار المطلقة للجمع، مثل مافي صحيحة يعقوب بن شعيب الثقة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لايصلح اذا كان قرضاً يجرّ نفعاً فلا يصلح(٣).

---

(١) الوسائل باب ١٩ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) وقد مرّ موضع الحديث ص ٥٩ هنا.

(٣) الوسائل باب ١٩ قطعة من حديث ٩ من أبواب الدين والقرض.

....

وقد دلّت عليه اخبار كثيرة على جواز النفع بالقرض، وانه نفي البأس عن الاحسان الى شخص بسبب قرضه اياه، وبالعكس.

ومع ذلك لايبعد كراهة الانتفاع باموال المقترض مطلقا، أو كانت موهونة، خصوصاً اذا كان ذلك القرض منظوراً والانتفاع غير متعارف بينهما، ولهذا قال في صحيحة يعقوب بن شعيب: ان كان معروفاً بينهما فلا بأس، وان كان انما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح(١).

ويمكن حملها على الشرط أيضاً كما مرّ، ويمكن حمل بعض المطلقات عليها.

ويدلّ عليها أيضاً رواية اسحاق بن عمار، عن العبد الصالح عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلي أو المتاع من متاع البيت، فيقول صاحب الرهن للمرتهن: أنت في حلّ من لبس هذا الثوب فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم؟ قال: هو له حلال اذا أحلّه، وما احبّ له ان يفعل(٢).

ولايخفى مافيه من المبالغة فافهم أيضاً.

وقد ورد في اخبار، بعضها صحيح في انه يجوز القرض وأخذ الاجرة من بيع مال أهل السواد والنبط، مع انهم لو لم يقرضوا لم يعطوا للبيّاع، بل يقولون: انما جئنا متاعنا واحمالنا عندك لتقرضنا والا لنعطي غيرك.

مثل رواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام(٣).

---

(١) الوسائل باب ١٩ ذيل حديث ٩ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ١٩ حديث ١٥ من أبواب الدين والقرض.

(٣) متن الرواية هكذا: عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يأتيه النبط باحمالهم فيبيعها لهم بالاجر، فيقولون له: اقرضنا دنانير، فانا نجد من يبيع لنا غيرك ولكننا نخصك باحمالنا من اجل انك تقرضنا، فقال: لابأس به، انما يأخذ دنانير مثل دنانيره وليس بثوب ان لبسه كسر ثمنه، ولادابة ان

←

....

وصحيحة جميل بن دراج: ولو لامايصرفون الينا من غلاّتهم لم يقرضهم، فقال: لابأس(١).

(الثالث) لو اعطى بدل مال المديون متاعاً يجوز، وهو ظاهر ممّا مرّ.

ويدلّ عليه أيضاً رواية علي بن محمد، قال: كتبت اليه: القرض يجرّ المنفعة هل يجوز ذلك أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز ذلك، وكتبت اليه: رجل له على رجل تمر أو حنطة، أو شعير، أو قطن فلما تقاضاه، قال: خذ بقيمة مالك عندي دراهم، يجوز (أيجوز ئل) له ذلك أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز ذلك عن تراض منهما ان شاء الله تعالى(٢).

(الرابع) قال في التذكرة: ولاينبغي للرجل أن يحبس الدين عن صاحبه مخافة الفقر (انتهى).

ودلّ عليه خبر محمد بن مسلم(٣) الدال على أنه موجب للفقر.

والظاهر ان مراده(٤) مع عدم التحريم وفي صورة الجواز أو المراد بـ (لاينبغي) التحريم أو يريد باعتبار العلّة أي مخافة الخ فانه صرّح بوجوب المبادرة.

ركبها كسرها، وانّما هو معروف يصنعه اليهم. الوسائل باب١٩حديث١٠ من أبواب الدين والقرض.

(١) صدرها: قلت له: اصلحك الله انا نخالط نفراً من أهل السواد فنقرضهم القرض ويصرفون الينا غلاتهم فنبيعها لهم باجر ولنا في ذلك منفعة قال: فقال: لابأس ولااعلمه الا قال: ولولاالخ. الوسائل باب ١٩ حديث ١٢.

(٢) أورد صدره في الوسائل باب ١٩ حديث ١٦ من أبواب الدين والقرض وذيله في باب ١١ حديث ١١ من ابواب السلف وسنده كما في التهذيب والوسائل هكذا: عن الصفار محمد بن عيسى، عن علي بن محمد وقد سمعته من علي قال الخ.

(٣) لم نعثر على خبر راويه محمد بن مسلم الدال على ماذكره قده نعم هو مضمون خبر أبي حمزة الثمالي منقول عن المشايخ الثلاثة فلاحظ الوسائل باب ٧ من أبواب الدين والقرض.

(٤) يعني العلامة فيما ذكره في التذكرة.

....

قال: يجب على المديون المبادرة الى قضاء الدين ولايحلّ تأخيره مع حلوله وتمكنه من الأداء، ومطالبة صاحب الدين، فان أخّر والحال هذه كان غاصباً (عاصيا خ) ووجب على الحاكم حبسه(١).

لرواية عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: كان أميرالمؤمنين عليه السلام يفلّس(٢) الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر به، فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسّمه (فقسمه صا) بينهم يعني ماله(٣).

ورواية غياث، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام إنّ علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، فاذا تبيّن له افلاس وحاجة خلّى سبيله حتى يستفيد مالاً(٤).

لعلّ الوجوب مفهوم من أنه لو لايجب، ماينـاسب الحبس الذي هو ضرر عظيم.

ويؤيّده أنّ الظاهر أنّ انتصاف المظلوم من الظالم واجب على القادر خصوصا الامام عليه السلام، والفرض عدم الحصول الا بالحبس فيجب، ولايبعد ذلك على الحاكم أيضاً لأنه نائبه ومن باب الأمر بالمعروف فتأمّل.

ثم قال:(٥) اذا ثبت هذا، فلو أصرّ على الالتواء كان فاسقاً لايقبل شهادته، ولا تصحّ صلاته في أوّل الوقت، بل اذا تضيّق، ولايصحّ شئ من الواجبات الموسّعة المنافية للقضاء في أوّل وقتها، وكذا غير الدين من الحقوق الواجبة

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يحبس الرجل ـ ئل ـ وط.

(٣) الوسائل باب ٦ مثل حديث ١ من كتاب الحجر.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الحجر.

(٥) يعني العلاّمة ره في التذكرة عقيب العبارة الثانية المتقدمة.

كالزكاة والخمس وان لم يطالبه الحاكم لان أربابها في العادة مطالبون(١).

وأيضاً الحقّ ليس لشخص معيّن حتى يتوقف على الطلب.

الالتواء، هوالتثاقل والمطل على مايفهم من القاموس، قال فيه أيضاً: المطل التسويف بالعدة.

فيفهم من كلامه أن التأخير عن أداء الدين كبيرة، بل إن جميع الحقوق فورية، ماليّةً كانت أم لا، مثل تسليم النفس للقصاص، والحدود، والاستبراء ممن اذاه بعينه ونحوها، ومانعة من صحّة العبادة المنافية لها في وسعة وقتها.

ودليله ماأشرنا اليه غير مرّة (وهوظ) ماثبت في الأصول أن الأمر بالشئ يستلزم النهي عن ضدّه الخاصّ، وهوعن العبادة مفسدها، ولاغبار فيهما كما يظهر من التأمّل في دليلهما.

ثم ان مات المديون ولم يتمكّن من القضاء أو تمكّن ولم يطالب ولم يجب الأداء، فان خلّف مايقضي عنه، فان قضى أو لم يقض مع وصيّته، أو لم يخلف شيئاً وكان الدين مصروفاً في المباحات وكان من عزمه القضاء، لم يأثم.

ويدلّ عليه بعض الروايات المتقدمة، مثل صحيحة عبدالغفار الجازي (٢) وغيره(٣).

ومعلوم حصول الإثم مع عدم أحد القيود، كما لو طولب بالدين الواجب أدائه، بأن يكون حالاً ولامانع من الأداء ولم يؤدّه، ولاشكّ في وجوبه عقلاً ونقلاً.

والذي يظهر من كلامهم أنه يجب دفع جميع مايملكه في الدين عدا دار

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٣) فعن أبي خديجة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ايما رجل اتى رجلاً، فاستقرض منه مالاً وفي نيته ان لايؤديه فذلك اللص العادي الوسائل باب ٥ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض.

....

السكنى، وعبد الخدمة، وفرس الركوب ان كان من أهلها، **وقوت يوم وليلة له ولعياله.**

الظاهر أنهم يريدون نفقتهم الواجبة، وقد يستثنون بعض الأمور المحتاج اليه غالباً أيضاً، مثل الكتب العلمية لاهلها، وثياب التجمل، ونحو ذلك.

ولعلّ دليلهم عموم أدلّة وجوب أداء مال الناس عقلاً ونقلاً مع التمكن، ولايبعد كونه مجمعاً عليه بين المسلمين، وحينئذٍ ينبغي الدليل على المستثنيات.

فدار السكنى نقل في التذكرة اجماع علمائنا على عدم جواز بيعها خلافاً للعامّة، والمستند الروايات.

مثل حسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا تباع الدار ولاالجارية في الدين وذلك انهٔ لابدّ للرجل من ظلّ يسكنه وخادم يخدمه(١).

ورواية زرارة، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إن لي على رجل ديْناً وقد أراد ان يبيع داره فيعطيني (فيقضيني كا خ ل ئل) قال: فقال أبوعبدالله عليه السلام: أعيذك بالله ان تخرجه من ظلّ رأسه (اعيذك بالله ان تخرجه من ظلّ رأسه خ يب صا)(٢).

ولايخفى المبالغة فيها من وجوه، ولايضرّ القول في ابراهيم بن عبدالحميد(٣) الذي فيها بانه واقفيّ ثقة.

وما روي ـ في الحسن ـ ان محمد بن أبي عمير كان رجلاً بزّازاً فذهب ماله

---

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من أبواب الدين، الا ان فيه (ابن زياد) بدل (زرارة).

(٣) سندها كما في الكافي ـ باب قضاء الدين ـ هكذا: علي بن ابراهيم، عن أبيه، ومحمد بن اسماعيل، عن الفضل بن شاذان جميعاً، عن ابن أبي عمير، عن ابراهيم بن عبدالحميد وعثمان بن زياد، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام الخ.

....

وافتقر وكان له على رجل عشرة آلاف درهم فباع داراً له كان يسكنها بعشرة آلاف درهم، وحمل المال الى بابه، فخرج اليه محمد بن أبي عمير فقال: ماهذا؟ فقال: هذا مالك الذي لك عليّ قال ورثته؟ قال: لا، قال: وهب لك؟ قال: لا، قال: فهل هو ثمن ضيعة بعتها؟ قال: لا، قال: فما هو؟ قال: بعت داري التي أسكنها لأقضي ديني، فقال: محمد بن أبي عمير حدثني ذريح المحاربي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لايخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين، ارفعها، فلا حاجة لي فيها، والله إني لمحتاج في وقتي هذا الى درهم واحد، ومايدخل ملكي من هذا (منها ئل) درهم واحد، ونقله في الاستبصار، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمد بن أبي عمير، عن ذريح المحاربي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الخ (١)

وفيها أيضاً مبالغة تفهم من فعل محمد بن أبي عمير، ويفهم أيضاً كثرة تقواه رحمه الله، حيث سئل هذه السئوالات، مع عدم الوجوب عليه ثم ماقبل مع وقوع البيع من غير اشارة منه وكمال احتياجه الى ثمنه وعدم العلم بحصول هذا الثمن منه.

ثم ان الظاهر أنّ المراد بقولهم: (لايجوز بيع الدار) مثلاً عدم جواز البيع عليه من الحاكم او جبره عليه.

ويمكن ان لو باع من غير جبر، يجوز البيع ويجوز قبض الثمن.

وصرّح في التذكرة بانه اذا باع باختياره جاز قبض الثمن، وان امتناع محمد كان لتقواه أو لعلمه بانه انما باعه خوفاً للطلب والجبر.

ويمكن أيضاً أن لو كان لشخص دار في بلد ولايسكنه يجب بيعه وان كان دار سكناه، فتأمّل.

وأيضاً لو كان في داره فضلة مستغنى عنها يمكن تكليف بيعها.

---

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض.

وكذا لو كان له دار غلّة بل دار يمكن تحصيل دار اخرى بثمنها وإيفاء الدين ينبغي كذلك وكذلك الخادم.

ويشعر به رواية مسعدة بن صدقة قال: سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام: وسئل عن رجل عليه دين وله نصيب في دار، وهي تغلّ(١) غلّة فربّما بلغت غلّتها قوته، وربّما لم تبلغ حتى يستدين، فان هو باع الدار وقضى دينه بقي لا دار له؟ فقال: ان كان في داره مايقضي به دينه ويفضل منها مايكفيه وعياله فليبع داره (الدار خ ل) والا فلا(٢).

ولكن في السند والدلالة أيضاً تأمّلاً.

ويدلّ على عدم وجوب بيع ضيعة منها معيشته صحيحة بريد العجلي، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ان عليّ ديناً ـ واظنه قال: لايتام ـ واخاف ان بعت ضيعتي بقيت ومالي شيء؟ فقال: لا تبع ضيعتك، ولكن اعطه بعضاً وامسك بعضها(٣).

ويفهم منها عدم وجوب بيع شيء يعيش به مطلقا، دار غلّة أم لا فتأمّل، فانها منافية لقول الأصحاب ظاهراً.

وكذا رواية عمر بن يزيد، قال: أتى رجل أبا عبدالله عليه السلام يقتضيه وانا عنده(٤) فقال له: ليس عندنا اليوم شيء، ولكن يأتينا خطر(٥) ووسمة(٦)

(١) يعني يحصل له منها الغلّة وفي الوسائل بدل (تغل غلّة): وهي دار غلّة وفي الاستبصار: هي دار غلّة تغلّ عليه.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٧ من أبواب الدين والقرض.

(٣) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من ابواب الدين والقرض.

(٤) يعني كان للرجل على أبي عبدالله.

(٥) الخِطْر بالكسر ثياب مختضب به (هامش الوسائل).

(٦) والوسمة بكسر السين وهي افصح من التسكين نبت يختضب بورقه (الى ان قال): وفي القاموس:

←

....

فيبتاع ونعطيك ان شاء الله تعالى فقال له الرجل عدني فقال: كيف: أعدك وانالما لأرجو ارجي مني لما أرجو؟(١) فانه يبعد كونه عليه السلام بحيث ماكان عنده إلّا قوت يوم وليلة، مع ان الظاهر ان عنده عليه السلام ثروة، وأيضاً قال: (فنبتاع) (فيبتاخ ل) وهو أيضاً يشعر بجواز التأخير.

وبالجملة يفهم من هذه وامثالها أنّ الأمر ليس بهذه المثابة التي ذكره الأصحاب وضيّقوه مع انه ليس لهم على ذلك -على مارأيت- نصّ خاصّ صريح، ولاظاهر، ولكن هم أعرف، والاحتياط معهم.

ويمكن حملها على عدم الطلب المضيّق، ويؤيّده في الاولى(٢) انه قال: (لايتام) فقد لايكون لهم وليّ يطلب فيعطي وينفق هو عليهم مايحتاجون اليه بالتدريج فتأمّل.

وأيضاً يستبعد استثناء مثل الخادم والفرس ونحوهما دون قوت اكثر من يوم وليلة.

وامّا الذي يدلّ على استثناء الخادم فكأنّه الإجماع المستند الى حسنة الحلبي المتقدمة(٣) وأما غيرهما(٤)، فما رأيت الى الآن رواية غير أنه ذكرها الأصحاب.

وقد يستدلّون بالضرورة، والحاجة، وذلك غير واضح مع عدم النص، فان قوت اكثر من يوم وليلة احوج فبعد ثبوت وجوب أداء الدين مهما امكن يشكل استثناء هذه الأمور الا ان ذلك لادليل عليه نصّاً خاصاً فيمكن وجوب ماهو العادة

الوسمة ورق النيل أونبات يختضب (مجمع البحرين).

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من ابواب الدين.

(٢) يعني صحيحة بريد العجلي.

(٣) راجع الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب الدين.

(٤) يعني غير الفرس والخادم كالكتب العلمية وثياب التجمل ونحوها.

....

في الأداء وبيع ماهو كذلك وغير المحتاج عادة.

وكذا تكليفه بالبيع بانقص من القيمة، ولكن يشكل القول به، لعدم ظهور القائل.

وبالجملة، الذي يفهم منها، ليس الأمر على هذا الضيق، ولابهذه الوسعة اللذين ذكرهما الاصحاب الاّ انا مانجد القائل بغيره، بل الذي نفهم من سكوتهم عدم الخلاف عن العامّة ولاعن الخاصّة في ذلك فيكون اجماعياً فينبغي الوقوف هنا وبيع مازاد على المحتاج اليه من المستثنيات كالبيت غير بيت السكنى بل بعضه المستغنى عنه، وكذا الخادم والفرس.

ولايبعد بيعهما اذا كانتا رفيعتين يؤدّي بعض الثمن بالدين وشراء أدون ان أمكن وان منع ذلك أيضاً في بعض الكتب مثل التذكرة لعموم دليل المنع، وهو في الدار والخادم له أصل مامضى، لاغير فتأمل.

وجوّز في التذكرة(١) قضاء الدين لو باع مثل هذا الثوب والفرس والعبد وقبض ثمنه كما لو باع الدار الواحدة باختياره كما قلناه.

وقال: قال ابن بابويه: وكان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه يروي انه اذا كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها ببعضها فعليه ان يسكن منها مايحتاج اليه ويقضي ببقيّتها دينه، وكذلك ان كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى بثمنها داراً ليسكنها ويقضي بباقي الثمن دينه(٢). رأيته في الفقيه كما نقل.

وهذا مؤيّد لما قلنا من بيع الدار والخادم وان منعه في التذكرة(٣).

---

(١) سيأتي عبارة التذكير بعيد هذا.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٦ من أبواب الدين والقرض.

(٣) قال في التذكرة: ولايكلّف بيع داره وشراء أدون اذا كان داره بقدر كفايته، وكذا لايكلّف بيع خادمه وشراء أدون، ولابيع فرسه، وشراء أدون، للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء، قال ابن بابويه، ثم نقل الى آخر مانقله الشارح قده عنه ثم قال: نعم لو كانت دار السكنى وعبد الخدمة أو فرس الركوب أو ثوبه ←

....

والظاهر ان محمد بن الحسن هو ابن الوليد، قيل: انه ثقة وشيخ الصدوق، ويبعد نقله رواية مرسلة في هذا الكتاب مع عدم العمل بها، فكأنه عمل بها (والظاهر انه عمل بها خ) شيخه أيضاً فتأمل.

(الخامس) اذا ضمن احد عن الميّت دينه برأ ذمته ولااثم عليه أيضاً، سواء كان قبل الموت في المرض، أو بعده.

ودليله ان الضمان ناقل فهو بمنزلة أداء المال.

ويؤيّده الروايات، مثل صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: اذا رضي به الغرماء فقد برأ ذمة الميت(١).

ورواية اسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: عليّ دينك، قال: يبرئه ذلك وان لم يوفّه وليّه من بعده، وقال: ارجو أن لايأثم، وانما اثمه على الذي يحبسه(٢).

وهذه تدل على وقوع الضمان من غير الصيغة، التي ذكروها، وهما تدلان على ان الضمان ناقل كما قاله الاصحاب، خلافاً للعامة، وسيجيئ.

(السادس) الكفن مقدّم على الدين، كأنه لاخلاف عندهم في ذلك.

والمستند، مثل صحيحة زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه؟ قال: يكفّن بما ترك الّا أن يتّجر عليه انسان فيكفنه ويقضي بما ترك دينه(٣).

الذي يلبسه رهناً، جاز بيعه كما انه لو باشر بيع هذه الأشياء باختياره جاز قبض ثمنه ههنا (انتهى).

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.

(٣) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

....

وفيها دلالة على صرف المال -بعد بذل الكفن- في الدين، وثواب التكفين، ولهذا روي: ان من كفّن ميّتاً فكأنه كساه مدّة حياته(١).

وتدلّ -على تقديم الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الارث كما هو قولهم، الرواية(٢) والآية(٣) فتأمّل.

(السابع) قال في التذكرة: لايحلّ مطالبة المعسر، ولاحبسه، ولاملازمته عند علمائنا اجمع، ومستندهم ظاهر آية الانظار(٤)، والرواية المتقدمة، عن أمير المؤمنين عليه السلام انه كان يحبس في الدين، فاذا تبيّن اعساره خلّى سبيله(٥).

(الثامن) لو استدانت الزوجة، النفقة الواجبة على الزوج، دفع اليها عوضه، وهو ظاهر، لان نفقة الزوجة دين عليه عندهم فهو واجب عليه كصداقها وان لم تستدن.

ومستندهم قول الباقر عليه السلام، قال: قال عليّ عليه السلام: المرأة تستدين على زوجها وهو غائب؟ فقال: يقضي عنها اذا استدان بالمعروف(٦).

(التاسع) يقضي الحاكم دين الغائب اذا ثبت عنده مع المطالبة

---

(١) الوسائل باب ٢٦ حديث ١ من ابواب التكفين من كتاب الطهارة، ولفظ الحديث هكذا: من كفّن مؤمناً كان كمن ضمن كسوته الى يوم القيامة، ولم نعثر على مارواه الشارح قده بعينه.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.

(٣) قال الله عزّوجلّ -في ذكر آيات الارث- من بعد وصيّة يوصي بها أو دين، وقال تعالى: مِن بعد وصيّة يوصين بها أو دين، وقال عزّ من قائل: مِن بعد وصيّة توصون بها أو دينٍ، وقال جلّ وعلا: من بعدِ وصيّة يوصى بها أو دين- النساء- ١٠ـ ١١ و١٢.

(٤) اشارة الى قوله تعالى: وانْ كان ذُو عسرة فنظرة الى ميسرة- البقرة- ٢٨٠.

(٥) راجع الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الحجر.

(٦) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الحجر.

....

المستحقّة، وهو ممّا لاخلاف فيه على الظاهر، كما انه يحكم عليه ويعطي ماله للمدعي، وكذا نفقة زوجته وأقاربه وغير ذلك.

ويؤيّد الأوّل رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: الغائب يقضى عنه اذا قامت البيّنة عليه، ويباع ماله ويقضي عنه (دينه يب) وهو عنه غائب، ويكون الغائب على حجته اذا قدم (قال يب) ولايدفع المال (الى ئل) الذي أقام البيّنة الا بكفلاء اذا لم يكن مليّاً(١).

وكأنه يريد بالكفلاء الضمناء لعدم فائدة الكفيل لو كان المدّعي معسراً، وهو ظاهر فتأمل.

(العاشر) قالوا: لايصح المضاربة بالدين الا بعد القبض، وتدل عليه رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام في رجل يكون له مال على رجل فتقاضاه، فلا يكون عنده مايقضيه، فيقول له: هو عندك مضاربة؟ فقال: يصلح حتى يقبضه منه(٢).

وما نعرف الاجماع هنا، والرواية ضعيفة، وعموم المشروعيّة يدلّ على الجواز، وسيجئ.

(الحادي عشر) يجوز القرض في بلد مع شرط أن يقبضه في بلد آخر، وادّعى عليه الإجماع في التذكرة، وعموم الأدلّة يقوّيه.

وكذا صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الورق على ان ينقدها إيّاه بأرض اخرى ويشترط ذلك؟ قال: لابأس(٣).

---

(١) الوسائل باب ٢٦ نحو حديث ١ من ابواب كيفيّة الحكم من كتاب القضاء.

(٢) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب المضاربة.

(٣) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من ابواب الصرف.

وصحيحة أبي الصباح -كأنه الكناني الثقة- عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل (الرجل خ ل) يبعث بمالٍ الى أرض فقال: للذي يريد ان يبعث به معه: اقرضنيه وانا أوفيك اذا قدمت الأرض قال: لابأس بهذا(١).

هذا ظاهر، انما البحث في انه هل يلزم ذلك أم لا؟ بل يجوز له ان يطلب اينما يريد؟ ظاهر كلامهم -في عدم لزوم الأجل في القرض، وأنّ القرض جائز دائماً الا ان يشترط في عقد لازم-الجواز، ومقتضى أدلّة لزوم الشرط، عدمه.

وكذا نفي الضرر اذ أقرض، اذ قد يعسر أو يكون قليلاً في بلد المطالبة دون بلد الشرط وغير ذلك من الضرر.

وأما العكس فالظاهر انه ليس بلازم، بل كان للمقترض دفع ذلك ويجب القبول تأمّل في الفرق.

(الثاني عشر) قد مرّ استحباب حسن القضاء والاقتضاء والمسامحة فيهما.

ويؤيّده ماروي عن العامّة في التذكرة: خياركم أحسنكم قضاءً(٢).

ومن طريق الخاصّة مارواه في الفقيه عن النبي صلّى الله عليه وآله: ليس من غريم ينطلق من عنده غريمه راضياً الّا صلّت عليه دوابّ الأرض ونون البحور وليس من غريم ينطلق من عنده صاحبه غضبان وهو ملي الّا كتب الله عزّوجلّ بكلّ يوم يحبسه أو ليلة ظلماً(٣).

---

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من ابواب الصرف.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ باب حسن القضاء رقم ٣٣٤٦ و صدره هكذا: استسلف رسول الله صلّى الله عليه (وآله) وسلّم بكراً فجائته إبل من الصدقة فأمرني أن أقضي الرجل بكره، فقلت: لم أجد في الإبل الا جملاً خياراً رباعياً، فقال النبيّ صلّى الله عليه (وآله) وسلّم: أعطه اياه، فان خيار الناس أحسنهم قضاءً.

(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

....

(الثالث عشر) يجوز في القرض اشتراط أمر سائغ، مثل رهن وغيره، وقال في التذكرة: القرض عقد قابل للشروط السائغة، فلو أقرضه شيئاً يشترط أن يقرضه مالاً صحّ ولايلزمه ماشرط، بل هو وعد وعده، وكذا لو وهبه(١) ثوباً بشرط أن يهبه، منه غيره، وكذا لو أقرض بشرط ان يقرضه(٢) الخ.

وقد مرّ التأمّل فيه، والأصل العدم، ومزيد التأمّل، في الهبة الآ ان يريد مع عدم اعطاء العوض.

قال في التذكرة: اذا اعطاه دينه الحالّ يجب القبول ـ وان كان بعضه ـ وسلّمه هو ذلك جميعه مرّة واحدة ولايجب قبل الأجل.

وفي الوجوب تأمّل وان كان الأولى ذلك.

(الرابع عشر) الظاهر انه يجوز المقاصّة مع تعذر الاستيفاء بشرط عدم احلافه بالحلف الشرعي المسقط، ولايضرّ حلفه من غير الاحلاف.

والظاهر انه لايشترط اذن الحاكم، ولاعدم امكان الاثبات عنده، لاحتمال الاحتياج الى اليمين الذي هو مكروه أو قد تحرج(٣) البيّنة، مع عموم الأدلّة، وهي عدم الضرر وصحيحة داود بن زربي (رزين خ ل يب)، قال: قلت لابي الحسن موسى عليه السلام: اني اعامل قوماً فربما ارسلوا اليّ فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بها مني ثم يدور لهم المال عندي فآخذ منه بقدر ماأخذوا مني، فقال: خذ منهم بقدر ماأخذوا منك ولا تزد عليه(٤).

---

(١) في التذكرة لو وهب منه.

(٢) في التذكرة ان يقترض منه الخ وتمامه: او يبيعه بثمن المثل او بدونه أو يسلفه أو يستسلف منه ولكن لايلزم ذلك أمّا اذا باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر فانه يجوز عندنا البيع والشرط وقد تقدم (انتهى).

(٣) يعني تكون اقامة البيّنة حرجيّة.

(٤) الوسائل باب ٨٣ حديث ١ من ابواب مايكتسب به بطريق الصدوق.

....

وصحيحة أبي بكر الحضرمي، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل كان له على رجل مال فجحده اياه وذهب به منه ثم صار اليه بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله (مثله ئل) أيأخذ منه (أياخذه الخ ئل) مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم، ولكن لهذا كلام يقول: اللهمّ اني آخذه مكان ماأخذه مني واني لم آخذ ماأخذته خيانةً ولاظلما(١).

لعلّ قول هذا مستحب لعدمه في الرواية الاولى، ويفهم من الفقيه اشتراط جواز الأخذ به حيث قال: فجائز أن يأخذ منه حقّه بعد ان يقول ما أمر به ـ بما قد ذكرته ـ(٢).

وفي صحتهما تأمل، لأني مارأيت توثيق (داود) في كتاب النجاشي الذي صحيح، وعليه خطّ ابن طاوس رحمه الله غالباً، ولكن نقل المصنف في الخلاصة وابن داود في كتابه عنه توثيقه(٣)، مع إهمال الشيخ، فلعلّ في غير الكتاب أو يكون في النسخة غلط.

وأبو بكر الحضرمي غير منصوص على توثيقه في محلّه، بل مدح في الجملة، ولكن نقل ابن داود في الكنى توثيقه عن الكشي، وفيه تأمّل لعدم نقله في بابه، وكذا العلاّمة، مع نقل مانقله عنه، وأيضاً ليس عادة الكشي، التوثيق بل النقل

(١) الوسائل باب ٨٣ حديث ٤ من ابواب مايكتسب به، واعلم ان هذا الحديث سنداً ومتناً قد اختلف فلاحظ الوسائل مع ماذكر في تعليقته.

(٢) الى هنا عبارة الفقيه.

(٣) في معجم الرجال للآية الخوئي مدّ ظلّه ج ٧ ص ١٠٢ بعد نقل التوثيق من خلاصة العلاّمة ورجال ابن داود: ماهذا لفظه أقول: مقتضى ماذكراه سقوط كلمة (ثقة) عن نسخة النجاشي الواصلة الينا وفي شهادتهما كفاية على الثبوت وحينئذٍ لاينبغي الاشكال في وثاقة الرجل بشهادة المفيد وبشهادة ابن عقدة على ماذكره النجاشي (انتهى).

....

فقط الا انهما موافقتان لما ذكره الاصحاب من غير ذكر الخلاف مع تصريحهم بصحة خبرهما فتأمّل.

ولكن الظاهر عدم جوازه اذا كان امانة ووديعة وتدل عليه الوصيّة في الآية(١) والاخبار(٢) على أداء الامانة عموماً.

وتدل (عليه ظ) بخصوصه صحيحة معاوية بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني (نيه.ئل) ثم يستودعني مالاً ألي آن آخذ مالي عنده؟ فقال: لا، هذه خيانة (الخيانة خ ل)(٣).

وصحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال. فكا برني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال (أخ) فآخذه لمكان مالي الذي اخذه واجحده وأحلف عليه كما صنع هو؟ فقال: ان خانك فلا تخنه ولا تدخله فيما عبته عليه(٤).

قال في الفقيه: وفي خبر آخر: ان استحلفه على ماأخذ منه فجائز له ان يحلف اذا قال: هذه الكلمة(٥).

وهذا أيضاً يشعر بلزوم هذه الكلمة فتأمّل.

---

(١) قال الله عزّوجل: انّ الله يأمركم انْ تؤدّوا الأمانات الى أهلها - النساء - ٤ وقال عزّوجل: يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون - الانفال - ٢٧. وقال جلّ وعلا: والذينَ هُمْ لاماناتهم وعهدهم راعون - المؤمنون - ٨ والمعارج - ٢٢ وقال تعالى: فانْ أمن بعضكم بعضاً فليؤدّ الذي أوتمن أمانته - البقرة - ٢٨٣ وغيرها.

(٢) راجع الوسائل باب ٢ و٣ من كتاب الوديعة.

(٣) الوسائل باب ٨٣ حديث ١١ من ابواب مايكتسب به.

(٤) الوسائل باب ٨٣ حديث ٧ من ابواب مايكتسب به.

(٥) الوسائل باب ٨٣ حديث ٦ من ابواب مايكتسب به.

....

ثم جمع (١) بين الاخبار بأنه اذا كان أحلف فلا يجوز الأخذ من ماله مقاصّة لسقوط الحق به، للأخبار(٢) وكذا اذا كان أمانة، وأما اذا كان غيرهما فلا يجوز، فلا منافاة وذلك غير بعيد، فتأمّل.



(١) يعني الصدوق ره في الفقيه.

(٢) راجع الوسائل ج ١٨ باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم.

«المقصد الثاني في ا لرهن»

وفيه مطلبان:

(الأوّل) عقد الرهن، الايجاب كرهنت أو هو وثيقة عندك وشبهه والقبول كقبلت.

قوله: «المقصد الثاني في الرهن الخ» اي في بيان عقد الرهن بقرينة (الثاني(١) في الأحكام) وهو الايجاب، أو الذي هو الايجاب والقبول، ترك تعريفه لظهوره، او لفهم احد التعريفين من قوله: (الايجاب الخ) فانه قد يطلق على العقد الذي شرع لأخذ نائب مناب ماله واليه اشار في التذكرة بقوله: (عقد شرع للاستيثاق) على الدين.

كأنّ في لفظة الدين، اشارة الى عدم شرع الرهن للاعيان المغصوبة أو الدرك كما هو مذهب لبعض (البعض خ) أويؤول كلّها الى الدين أو أراد بالدين مايعم.

وقد يطلق على مايرهن كما في قوله تعالى: فَرِها ن مقبوضة(٢) فانه جمع

---

(١) يعني بقرينة قول المصنف ره فيما يأتي: (المطلب الثاني في الأحكام) فيظهر منه ان المطلب الاول في عقد الرهن.

(٢) البقرة - ٢٨٣.

....

(رهن) كما قاله في القاموس، ولهذا أنّث وصفه، والمراد منه مايرهن به.

وهو الذي اشار اليه في الشرائع: (وهو وثيقة لدين المرتهن) وأراد به المدين الذي يأخذ نائب ماله ووثيقته فلا دور، وفي (الدين) البحث الذي تقدم فلا نقض.

والوثيقة تطلق على المذكّر والمؤنث كما قال في التذكرة وغيرها تقول في الصيغة: (هذا وثيقة دينك) فانه يراد به مايوثق به مطلقاً من غير نظر الى التأنيث والتذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال، فخرجت التاء عن كونها للتأنيث كما قال في مجمع البيان يقول (يقال خ) ماجائني (أي خ) إمرأة ونحوها يقصد العموم، فكأنّه قال: ماجآءني من أحد فذكّر الفعل، ويحتمل كونها للنقل كما قال في شرح الشرائع(١)، والأمر في ذلك هيّن.

ولكن ظاهر المتن أنه لابدّ من الايجاب والقبول باللفظ العربي، بل الماضي، والمقارنة، وتقديم الايجاب كما في سائر العقود اللازمة، مثل البيع، لأنه المتبادر من قوله: (عقد الرهن الخ).

لعلّ دليله أن الأصل عدم الانعقاد وترتب احكام الرهن الا ماثبت كونه رهناً بالاجماع ونحوه وما ثبت كونه رهناً الّا مع المذكورات، ولادليل على غير ذلك.

وفيه تأمّل يعلم ممّا ذكرناه في العقد اللازم، مثل البيع، والجائز أيضاً كالقرض، مثل صدق الرهن المجوّز بالكتاب والسنّة والإجماع على غير العربي وغير

---

(١) في المسالك عند قول المصنف: هو وثيقة لدين المرتهن: ماهذا لفظه: وفي التعريف نظر من وجوه (الأول) أن (وثيقة) في العبارة وقعت خبراً عن المبتداء، وهو الضمير المذكر المنفصل وهو يقتضي عدم المطابقة بين المبتداء والخبر في التذكير والتانيث وهو خلل لفظي (الى ان قال): ويمكن دفع الاول بجعل (التاء) في (وثيقة) لنقل اللفظ من الوصفيّة الى الاسميّة لاللتأنيث كما في تاء (الحقيقة والا كيلة والنطيحة) فيحصل المطابقة.

....

الماضي المقارن، بل مايدل على رضاء الطرفين بالرهن سواء كان لفظاً أو كتابة أو اشارة، معاطاة أو غيرها الذي هو المقصود من تعين (تعبير خ) اللفظ.

وبه استدلّ في التذكرة على اشتراط الايجاب والقبول حيث قال: الأصل في ذلك انه لابدّ من الرضا وذلك امر قلبيّ مخفيّ عنّا، ولابدّ من المفهم، وهو اللفظ، مع أن الأصل عدم اشتراط (أي خ) شيء آخر.

ويؤيده انه هنا ليس بلازم من طرف المرتهن فلا يبعد عدم اشتراط مااشترط في العقد اللازم مع ماعرفت فيه فتذكر وتأمل.

قال في التذكرة: الخلاف في الاكتفاء بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب المذكور في البيع (بجملته ـ التذكرة) آتٍ هنا والظاهر انه هنا أولى.

وأيضاً قسّمه(١) الى القسمين: (الأوّل) الرهن ابتداءً اي من غير كونه شرطاً في عقد لازم بأن يقول الراهن: رهنت هذا عندك على الدين الذي لك عليّ فيقول المرتهن قبلت. (والثاني) مااشترط فيه، مثل أن يقول: بعتك هذا الشيء بشرط ان ترهنني عبدك فيقول: اشتريت ورهنت أو زوّجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط أن ترهنني دارك على المهر فيقول الزوج قبلت ورهنت. فالقسم الأوّل من الايجاب والقبول عند من اشترطهما ولم يكتف بالمعاطاة، واما القسم الثاني فقد اختلفوا فيه، فقال بعض الشافعية: لايكفي ذلك، بل لابد ان يقول البايع بعد ذلك: قبلت، وكذا(٢) المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن، لانه لم يوجد في الرهن

---

(١) يعني العلامة في التذكرة.

(٢) في التذكرة هكذا: وكذا اذا قالت المرأة: زوّجتك نفسي بكذا بشرط ان ترهنني كذا فقال الزوج: قبلت النكاح ورهنتك كذا فلابدّ ان تقول المرأة بعد ذلك: قبلت الرهن لانه لم يوجد في الرهن سوى مجرد الايجاب وهو بمفرده غير كاف في اتمام العقد وقال آخرون: ان وجود الشرط من البايع والزوجة تقوم مقام القبول لدلالته عليه، وكذا الاستيجاب يقوم مقام القبول (انتهى).

....

سوى الايجاب وهو بمفرده غير كافٍ، وقال الآخرون: الشرط من البايع، والمرأة تقوم مقام الايجاب. ولم يرجح شيئاً(١) .

وهذا يدلّ على انه غير جازم في الاشتراط، واحتمل الاكتفاء في القسم الثاني بالايجاب مع انه بعيد، لما مرّ من التأمل في قوله: (بشرط) فانه يدلّ على انه لايقع البيع والتزويج الّا بعد الرهن مع ان الرهن متأخّر، ولانه يلزم ان يرهن على الثمن قبل اتمام الشراء ولزومه، ويتحقق الشراء قبل الرهن.

وقد جوّز المعاطاة في البيع فيجوز هنا أيضاً، بل بالطريق الاولى فيحتمل الاكتفاء بها وعدم اشتراط الايجاب والقبول، وعلى تقديره، عدم اشتراط العربيّة والمقارنة

وقد يفهم من الشرائع، الاكتفاء في القبول بغير اللفظ، وهو يشعر بالمسامحة فيه، قيل: الوجه في ذلك كونه جائزاً من طرفه فتأمّل.

ويؤيده ماقال في التذكرة: وهل يشترط في الصيغة اللفظ العربي؟ الاقرب العدم، ولكن قال: ولابدّ من الاتيان فيهما بلفظ الماضي فلو قال: ارهنتك كذا وانا أقبل لم يعتدّ به، كأنه أراد مايدل على انشاء الرهن صريحاً.

ويفهم منه تحقق قصد معنى الرهن في قلبه لاالماضي المصطلح، لانه قال قبيله: قد بيّنا انه لابد في الرهن من ايجاب وقبول، فالايجاب كقوله: رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو هو رهن عندك أو ماأدى هذا المعنى من الالفاظ، والقبول كقوله: قبلت او رضيت وما أدى معناه ولابدّ من الاتيان فيهما بلفظ الماضي الخ.

وهو كالصريح فيما قلناه أو أراد أنّه ان اتى بالفعل فلا بدّ من الماضي ولايجزى الأمر والمستقبل لاالمستقبل فقط كما قال في شرح الشرائع.

---

(١) يعني لم يرجح العلاّمة بعد ذكر القولين واحداً منهما.

وتكفي الاشارة الدالّة على الرضا مع العجز على النطق.

وهو بعيد أيضاً لنفي الاعتداد بعده بقوله: (وانا اقبل) فانه جملة اسميّة فالظاهر الأوّل.

والظاهر أنّ الاستيجاب اذافهم منه الرضا بالقبول ـ بحيث يكون شيء ظاهراً في انه جازم بالرضا والقبول ـ كافٍ لامطلقا.

ولكن قال في التذكرة: وكذا لايقوم الاستيجاب مقام القبول لعدم دلالته على الجزم بالرضا، ويمكن حمله على ماقلناه لقوله ره: لعدم آه.

ولهذا يصح بالكتابة والاشارة المفهمين لاغير المفهمين.

وينبغي الاكتفاء بهما مع القدرة أيضاً، لما مرّ، ولما فهم من كلامهم أنّ الغرض، الفهم لااللفظ والّا لاينبغي صحتها مع العجز أيضاً، لعدم اللفظ المشترط الّا مع تعذر النيابة فالاشتراط بالعجز ـ كما يفهم من المتن وغيره مثل التذكرة ـ غير واضح كما مرّ في البيع أيضاً.

قال في التذكرة: ولايكفي الاشارة ولاالكتابة الّا مع العجز فيكفي الاشارة الدالّة عليه، وكذا الكتابة مع الاشارة، ولايكفي الكتابة المجردة عن الاشارة الدالة على الرضا(١).

وينبغي ان يقول: (عن الدالة)(٢) اذ قد يكون الكتابة مع أمر آخر غير الاشارة دالّاً (دالّة ظ) على الرضا، فالظاهر انه يكفي كالاشارة المجردة عن الكتابة بشرط الفهم والدلالة.

نعم مجرد الكتابة والاشارة اذا احتمل غير الرضا، لايكفي كالالفاظ، فلا فرق بين الالفاظ والاشارات والكنايات مع الافهام والدلالة فتكفي، وبدونها

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني بدل قوله: (عن الاشارة الدالة) باسقاط لفظة (الاشارة).

ولايفتقر الى القبض على رأي.

لا تكفي الّا أن عدم الدلالة مع الكتابة والاشارة اكثر من اللفظ الصريح فتأمّل.

وأما الذي يدل على جواز الرهن، فهو الكتاب والسنة والاجماع.

اما الكتاب فمثل قوله تعالى: فرهان مقبوضة(١)، ويمكن جعله تحت أوفوا بالعقود(٢) أيضاً.

وأما السنة الدالة على جوازه من طرق العامة(٣) والخاصة فكثيرة، قال في التذكرة -بعد نقل البعض- مثل رواية أبي حمزة، قال: سألته عن الرهن والكفيل في بيع النسيئة، قال: لابأس به(٤)، هكذا في أوّل الرهن في التهذيب، وقال في آخر الباب: عن أبي جعفر عليه السلام قال الخ(٥) فالخبر صحيح: والاخبار(٦) في ذلك كثيرة لاتحصى.

وأما الاجماع فقال فيها(٧): وقد اجتمعت الأمة كافة على جواز الرهن في الجملة وليس بواجب إجماعاً.

قوله: «ولايفتقر الى القبض على رأي» الظاهر منه ومن شرحه وغيره، مثل القواعد ومن شرحه والدروس، أن الخلاف، في صحة العقد وانعقاده من دون القبض فقيل: لاينعقد ولايصحّ الّا به، وقيل: يصحّ وينعقد.

ولكن ظاهر التذكرة أنّ الخلاف، في اللزوم وعدمه، فقيل: يلزم من

---

(١) البقرة - ٢٨٣. (٢) المائدة - ١

(٣) راجع سنن أبي ماجة ٢ كتاب الرهون ص ٨١٥.

(٤) الوسائل باب ١ حديث ٧ من كتاب الرهن.

(٥) يعني ان الشيخ ره أورده في التهذيب مرّتين احدهما في أوّل باب الرهن وفيه عن أبي حمزة قال: سألته بالإضمار (ثانيهما) في آخر هذا الباب، وفيه: عن أبي حمزة، عن أبي جعفر عليه السلام قال الخ نقول: النسخة التي عندنا من التهذيب (عن أبي جعفر عليه السلام) في كلا الموضعين فلا حظ.

(٦) هذا مقول لقوله ره: قال في التذكرة فلا تغفل.

(٧) يعني في التذكرة.

....

جانب الراهن بمجرد العقد، وانه كافٍ في ترتب جميع أثره عليه، وهو إختياره في التذكرة وقد صرّح به فيها مراراً متعددة، وقيل: لايلزم وهو اختياره في التذكرة.

قال في التذكرة: اختلف علمائنا في القبض، هل هو شرط في لزوم الرهن أو لاعلى قولين الخ. ثمّ قال(١) أيضاً: لو مات المرتهن قبل القبض لم يبطل الرهن وهو ظاهر عند من لم يعتبر القبض. واما من اعتبره فقد اختلفوا ونقل القولين عن الشافعي(٢)، وكذا في الجنون(٣).

وأيضاً قال في الدليل لانه عقد جائز يجوز فسخه. وأيضاً قال: ان تصرف الراهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق ونحوها، فعلى ماقلناه من لزوم الرهن بمجرد العقد يكون التصرفات موقوفة، وعلى القول بالاشتراط يكون ذلك رجوعاً عن الرهن فبطل الرهن، وبالجملة وهو ظاهر من التذكرة في مواضع.

ولكن مقتضى الأدلّة وعبارات غيرها، مثل الشرائع وغيره، كون الخلاف في الصحّة وفرّع عليه في الدروس فروعاً كثيرة مثل ان قال: لو مات الراهن قبله أو جن أو أغمى عليه أو رجع بطل، وفي المبسوط: اذا جنّ الراهن أو اغمي عليه أو رجع قبل القبض، قبض المرتهن لأن العقد أوجب القبض وهذا يشعر بان القبض ليس بشرط (انتهى)(٤).

---

(١) في فروع البحث الرابع حق المرهون به.

(٢) عبارة التذكرة بعد قوله ره: فقد اختلفوا هكذا: فقال بعضهم: يبطلانه لانه عقد جائز والعقود الجائزة ترتفع بموت المتعاقدين كالوكالة وهو احد اقوال الشافعي، وفي الآخر: لايبطل الرهن ويقوم وارثه مقامه في القبض وهو أصح اقوال الشافعي لان مصيره الى اللزوم، فلا يتأثر بموته كالبيع في زمن الخيار (انتهى موضع الحاجة).

(٣) يعني ونحو هذين القولين قاله في مالو جن احد المتعاقدين.

(٤) يعني كلام الدروس اورده في أوائل رهن الدروس مع زيادة قوله ـ بعد قوله ليس بشرط: وان كان للمرتهن طلبه ليتوثّق به.

....

وقال (١) في شرح المتن: هذا قول الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط (الى قوله). ـ وذهب الشيخ في النهاية وموضع من المبسوط الى ان القبض شرط في صحته، وهو مذهب المفيد الخ.

وهذه كالصريحة في ان الخلاف في الصحة لا اللزوم، وقال (٢) بمقالة التذكرة، في شرح الشرائع ونقل منها مايدلّ عليه.

ويمكن ان يؤول كلام التذكرة بحيث ينطبق غيره، بان يكون المراد باللزوم الصحّة، لكنه بعيد من جهة اللفظ، ومن جهة ترتب احكامه عليه ويكون القول بالصحة وعدم الاشتراط من العامة، ولهذا نسب الخلاف اليهم لا الى اصحابنا.

ويمكن العكس أيضاً، وهو أيضاً بعيد لما مرّ.

ويمكن ان يكون المذاهب ثلاثة: ١ـ عدم اشتراط القبض بوجه. ٢ـ واشتراطه في الصحة. ٣ـ او اللزوم فقط كما في الهبة فانه نقل فيها في الدروس ثلاثة اقوال مثل ماقلناه هنا وان قال في شرح الشرائع ـ بعد تقرير الخلاف في لزوم الرهن من جانب الراهن كالقبض في الهبة ـ: وهو مشعر بكون الخلاف في الهبة أيضاً في اللزوم وعدمه.

والظاهر انه ليس كذلك، ولهذا قال في القواعد وغيره: لو مات الواهب بطلت الهبة. وبهذا يحصل الجمع بين كلام القوم هنا.

فاما دليل الاشتراط فهو أنّ الأصل عدم حصول مايقتضي منع الراهن عن التصرف في ماله، وخرج منه بعد القبض بالاجماع وبقي الباقي، وقوله تعالى: وانْ كنتُم على سَفرٍ ولم تَجِدُوا كاتباً فرهان مقبوضة (٣)، اشترط في الرهن القبض فلا

(١) يعني صاحب الدروس في شرح ارشاد العلامة عند قوله: ولا يفتقر الى القبض الخ.

(٢) يعني الشهيد الثاني.

(٣) البقرة ـ ٢٨٣.

يصح بدونه.

ورواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: لارهن الّا مقبوضاً(١).

وقد نقل هذه في التذكرة وشرح الشرائع عن الصادق عليه السلام، وفي التهذيب وغيره مثل المختلف، كماذكرناه.

ويمكن ان يقال: الأصل لايبقى عند الدليل، وان دلالة الآية غير ظاهرة لكونها بالمفهوم، ولكونها للارشاد بالاتفاق فالقيود أيضاً كذلك (لذلك خ)، الا ترى أنّ السفر غير شرط باتفاقنا، وكذا عدم وجدان الكاتب فيكون القبض كذلك كما هو ظاهر، فلا يدل على اللزوم والوجوب في القبض كأصله، فان الرهن غير واجب بالاجماع المنقول في التذكرة، والارشاد تقتضي تمام التوثيق، وهو انما يحصل بالقبض التام وهو كونه بيد المرتهن وفي تصرفه.

فالظاهر، حمل الآية عليه ليتمّ الغرض، إذ بمجرد القبض ثم الدفع الى المالك لايتمّ، بل وجوده وعدمه سواء.

وقيل: معلوم عدم اشتراط ذلك بالاجماع المدعى في شرح الشرائع الا ان الذي يظهر من التذكرة ـ في مسألة منع المرتهن عن التصرف ـ أنّ القائل بالاشتراط يقول به فتأمّل.

بل استدلّ المصنف وغيره بها(٢) على عدم الاشتراط، فان القبض وصف للرهن فهو يتحقق بدونه، والّا يلزم اللغو.

ولايحسن دفعه، بأنّ اللغوي موجود، والشرعي انما يتحقق بالقبض كما

(١) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الرهن

(٢) يعني بآية فرهان مقبوضة.

ذكره في شرح المتن، لانه(١) اذا وجد الشرعي يصرف اليه كما يقتضيه القاعدة، على ان اللغوي لايناسب وصفه بالقبض الاّ أن يكون بمعنى المرهون.

ولا(٢) بان الصفة قد تكون للكشف كما قاله في شرح الشرائع كما في التجارة عن تراض، لانّ(٣) الأصل في الوصف عدم كونه كاشفاً وكونه لفائدة كما هو الظاهر والمبيّن.

والظاهر كون (تراض) ليس كذلك، اذ يتحقق بغيره أيضاً التجارة.

والخبر ضعيف لانه منقول في التهذيب، عن الحسن بن محمد بن سماعة(٤) بغير واسطة، ومعلوم وجودها مابينه وبين الشيخ، مع عدم ظهورها(٥)، وكونه واقفياً، لا(٦) لاشتراك محمد بن قيس كما قيل، لاني قد تحققت كونه، البجلي الثقة كما مرّ غير مرّة فتذكر.

ويمكن تأويله أيضاً بمثل تأويل الآية وغيره.

ويدلّ على عدم اشتراط القبض صدق الرهن وتحقق عقده فيدخل تحت

(١) تعليل لقوله قده: ولا يحسن

(٢) عطف على قوله قده: بان اللغوي الخ.

(٣) تعليل لقوله قده: ولابان الصفة الخ.

(٤) سندها كما في التهذيب هكذا: الحسن بن محمد بن سماعة، عن صفوان، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس الخ وطريق الشيخ الى الحسن بن محمد بن سماعة ـ كما في مشيخة التهذيب ـ هكذا: وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعة فقد اخبرني به احمد بن عبدون، عن أبي طالب الانباري، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، واخبرني أيضاً الشيخ أبوعبدالله والحسين بن عبيدالله واحمد بن عبدون كلهم عن ابي عبدالله الحسين بن سفيان البزوفري، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة.

(٥) الظاهر انه قده يريد ان الواسطة بين الشيخ وابن سماعة غير ظاهر الوثاقة، هذا ولكن في رجال المتتبع المتضلع الميرزا محمد الأردبيلي رحمه الله عند ذكر طرق الشيخ: مالفظه والى الحسن بن محمد بن سماعة موثق في المشيخة والفهرست (انتهى).

(٦) ولايضر الاشتراك في محمد بن قيس ـ خ.

....

نحو أوفُوا بالعُقود(١)، والمسلمون عند شروطهم(٢) وغير ذلك.

ويدلّ عليه أيضاً الأخبار الكثيرة جدّاً بحيث لا تعدّ ولا تحصى، الدالّة على جواز الرهن ـ كما ادّعاه في التذكرة كما مرّ والمشتملة على أحكام الرهن، مثل جوازه على النسيئة(٣) كما تقدم وجواز التصرف في الرهن وعدمه بالإذن(٤)، والأخبار الصحيحة، في جواز الوطئ(٥)، والضمان على المرتهن(٦)، وعلى حكم الإختلاف في الزيادة والنقصان(٧)، وجواز البيع لوفقد صاحبه وحفظه له على تقدير الزيادة(٨)، والاختلاف بينهما في كونه رهناً أو وديعة(٩) وغير ذلك من غير تقييد برهن مقبوض.

بل ذكر أحكامه التي ترتب على المقبوض على محض الرهن من غير ذكر القبض وعدمه، ولو كان شرطاً لما كان ينبغي ذلك، بل يجب التفصيل لئلاّ يحصل الاغراء بالجهل ولهذا قالوا: ترك التفصيل في مثل ذلك دليل العموم.

وبالجملة، صدق العقد ـ مع الأصل وعدم ظهور مانع، بل بعد ابطال مانعيّة الآية والخبر مؤيداً بما ذكرناه من الأخبار ـ دليل على عدم الاشتراط.

فقول شارح المتن: وليس الاستدلال بمفهوم الآية؛ بل بالأصل وذكرت الآية لانها دلّت على جواز المقبوض فبقي الباقي تحته، ولأنّ حفظ المال واجب فكذا مايتوقّف عليه غير واضح.

لما مرّ ولان الوجوب هنا غير ظاهر، ولهذا لايجب أخذ الرهن فكيف

---

(١) المائدة ـ ١

(٢) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٥٨ حديث ٨.

(٣) لاحظ الوسائل باب ١ من كتاب الرهن.

(٤) لاحظ الوسائل باب ٨ منه.

(٥) لاحظ الوسائل باب ١١.

(٦) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب الرهن.

(٧) راجع الوسائل باب ١٧ من كتاب الرهن.

(٨) راجع الوسائل باب ٤ من كتاب الرهن..

(٩) راجع الوسائل باب ١٦ من كتاب الرهن.

....

القبض وقد يكون محض العقد كافياً ويلزم به مثل البيع وغيره فتأمّل.

ثم ان ظاهر بعض الأدلّة المتقدمة -مثل أوفوا، والمسلمون- اللزوم، ولهذا ادّعوا أنّ الأصل في العقود، اللزوم، وقد مرّ في بحث البيع، فاذا ثبت الصحّة ثبت اللزوم.

وجعل المصنف في التذكرة، الأدلة على اللزوم، فعلى هذا القول لايجب على الراهن الاقباض، لكن لايجوز له الرجوع بعد العقد، فلا يشكل لو شرط في عقد لازم ولايجب عليه حينئذٍ التسليم والاقباض، بل انما يجب عليه ايقاع عقد رهنٍ، وعدم الخروج عن مقتضاه الا ان يصرّح بالقبض، او تدل عليه قرينة.

واما على القول بالاشتراط في الصحّة، فالظاهر انه لابد من الاقباض ثم عدم الخروج عن مقتضاه.

واما على القول بانه شرط للّزوم دون الصحّة فيشكل الأمر لانه حصل الشرط بمجرد العقد فلا يكلّف بالاقباض، بل لو رجع لكان له ذلك لعدم اشتراط اللزوم عليه، بل محض العقد وقد فعل.

والظاهر أنه -وان لم يلزم الاقباض الا بالقرينة- لايكون له الرجوع هنا لانه معلوم ان القصد بالرهن ليس ايقاع الصيغة فقط، بل الاستيثاق واستفاء الحق على تقدير عدم حصوله وذلك انما يتم لو لم يكن له الرجوع، فكأنّ اشتراطه في العقد اللازم دالّ صريحاً على ان المراد رهن لازم، فلا يحتاج الى قرينة اخرى وان كان ضمّ كونه لازماً أو مقبوضاً أحسن وأولى فلا إشكال مطلقا على الظاهر.

الا ان الظاهر عدم التكليف بالاقباض الا مع مايدل عليه او على القول بانه شرط للصحّة فتأمل.

واستشكل في القواعد في المطالبه بالإقباض.

ويظهر منه ومن شرحه أنّ اللزوم لا كلام فيه؛ انما الكلام في الإقباض كما

....

قلناه فيتحقق اللزوم بالقصد والقبول ولاينحصر اسبابه في القبض.

الا ان يقال: إنّ هذا على القول بعدم الاشتراط كما هو ظاهرهما.

ولكن يضعّف الاشكال حينئذٍ، اذ فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف المالك بالبيع وغيره فيه، وقد حصل وان لم يكن في قبضه، وما شرط عليه الّا الرهن اللازم وقد فعل وما يجب عليه غيره.

وبالجملة ليس الاشكال الّا على مذهب الصحّة بدون اللزوم ويمكن دفعه أيضاً كما مرّ.

وما أشبه هذا، بما اذا نذر أمراً جائزاً مثل التدبير أو الوصيّة ثم فعل، فهل يجوز الرجوع أم لا؟ فتأمّل.

وظاهر أنّ المراد بالشرط هنا الأمر الذي لابدّ منه لحصول المشروط، لاالخارج المقدّم على المشروط، والذي يجب حصوله قبله، وهو اطلاق شائع خصوصاً عند الفقهاء في مثل هذا الباب.

ثم ان الظاهر ان(١) القبض يشرط فيه اذن المالك ان قلنا: بلزومه من غير قبض أو صحته كذلك، الّا ان يستحق القبض بوجهٍ من الوجوه الشرعيّة اللازمة عليه من غير اشتراط اذنه.

واما ان قلنا: بعدم الصحّة الّا بالقبض، فان لزمه الرهن الشرعي بوجه شرعيّ لازم مثل ان شرط في عقد لازم او بنذر وشبهه، فالظاهر عدم الاشتراط(٢) لأنّه لازم عليه شرعاً من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم، فلا يبعد الأخذ من غير اذنه للزومه عليه وعدم جواز الامتناع فلا اثر للاذن، اذ ليس له المنع.

---

(١) ان في القبض يشترط اذن المالك ـ خ.

(٢) يعني عدم اشتراط اذن المالك حينئذ.

وهو لازم من طرف الراهن خاصّة.

نعم ان احتاج الى التصرف في ماله يحتاج الى الإذن ان لم يكن ويمكن الاحتياج لعموم عدم التصرف في مال الغير الّا بطيب نفس منه(١)، وله نظائر فتأمّل.

وان لم يلزمه فالظاهر أن لا كلام في اشتراط الإذن، وقال في الدروس: ويتفرع عليه فروع ـ الى قوله ـ: الثالث لابدّ فيه من اذن الراهن، لانه من تمام العقد، فلو قبض من دون اذنه لغى.

الضمير في (عليه) راجع الى القول باشتراط القبض، وفي (فيه) الى القبض وظاهر هذه العبارة أن القبض شرط والاذن شرط فيه مطلقا فتأمّل.

وقال في الشرائع: وهل القبض شرط؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصحّ، ولو قبضه من غير اذن الراهن لم ينعقد.

ومذهبه ان كان عدم الاشتراط في الصحّة، بل في اللزوم فقط كما فهمه المشهور فالاذن هنا لابدّ منه ولكن قوله: (لم ينعقد) غير موافق لمذهبه الّا ان يريد عدم اللزوم أو عدم انعقاد القبض.

والظاهر ان مذهبه هو الاشتراط للصحّة لاللّزوم فالاذن غير معلوم، وكذا عدم الانعقاد فتأمّل، وحمله الشارح ـ بتكلّف ـ على اللزوم وهو غير لازم.

قوله: «وهو لازم من طرف الراهن خاصّة» لمّا كان مقتضى العقد، اللزوم، كان مقتضى ذلك، اللزوم من الطرفين، الا انه لما كان الرهن لمصلحة المرتهن فكان من جهته جائزاً، ولازماً من جهة الراهن ليحصل له نائب مناب المال والوثيقة.

---

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٢ رقم ٩٨ وص ١١٣ رقم ٣٠٩ وج ٢ ص ٢٤٠ رقم ٦ وج٣ ص٤٧٣ رقم ٣ طبع مطبعة سيدالشهداء بقم.

ويشترط كونه عيناً مملوكة.

ودليله الإجماع المستند الى ذلك، قال في التذكرة: وهو عقد لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن إجماعاً فليس للراهن فسخ الرهن ويجوز للمرتهن فسخه.

قوله: «ويشترط كونه عينا الخ» يريد بيان باقي أركان الرهن وهي أربعة: (الأول) الصيغة وقد مرّت.

(الثاني) الرهن الذي هو الوثيقة، اشترط كونه عيناً من الأعيان المتعيّنة، فلا يصحّ رهن مافي الذمّة، من الديون، ولاالمنافع مثل سكنى الدار وخدمة العبد.

دليل الأخير ظاهر، وهو انه ليس شيئاً موجوداً يمكن استيفاء الدين منه، نعم يمكن استيفاء(١) شيء في وقت وينفذ، وهكذا، ولايمكن بيعه وأخذ الحقّ منه عند ارادته.

ودليل الأول ان قيل: بعدم صحّة بيع الدين مطلقا، فذلك، وكذا ان قيل: باشتراط القبض قاله في التذكرة والا فالدليل عليه غير واضح.

والأصل والعمومات يقتضي الجواز، وقد مرّ جواز بيعه وعدم اشتراط القبض.

على أنه قد يقال: بامكان القبض في الجملة لأنّه يجوز بيعه كما مرّ فيجوز قبضه، ويكفي لقبضه قبض فرد من أفراد مايصدق عليه، ولايجب كون المقبوض قبله مشخّصاً وهو ظاهر.

وكونه أيضاً مملوكة، سواء كان ملكاً للراهن أو لغيره باذنه، فلا يصحّ رهن **مالايملكه** الراهن، وغير المأذون، والخمر اذا كان الراهن مسلماً، وان كان المرتهن ذمّياً وضعت على يدي ذمّي، ووجهه واضح.

---

(١) الاستيفاء في وقت ـ خ.

يمكن قبضه.

ويصح بيعه.

فلا (١) ينعقد رهن الدين، ولاالمنفعة، ولاما لايصحّ تملكه وان وضع المسلم الخمر على يد ذمّيٍ، ولاالطير في الهواء، ولاالوقف.

وكذا وجه كونه ممّا يمكن ويجوز قبضه لهما، فلا يصحّ رهن الطيور المملوكة الغير المعتادة للعود في الهواء، والسموك المملوكة في البحر، وكذا الخمر (الخمور خ) مع اسلامه وان كان الراهن كافراً ووضع على يد ذمّي وإن كان أخذ ثمنه جائزاً بعد بيعه، فتأمّل.

وفي جواز رهن المصحف والعبد المسلم عند الكافر تأمّل، والاصل وعموم أدلّة الرهن ـ اذا لم يسلّها اليه ـ يقتضي الجواز.

ويمكن ان يقال: لاسبيل (٢) هنا، بل استيثاق، فان لم يحصل حقه يبيعهما المالك أوْ وكيله فيعطي مال المرتهن.

ونفي السبيل ولزوم تسلّط الكافر على المصحف ـ الذي ينافي تعظيم كتاب الله العزيز الواجب ـ يدل على المنع، ويؤيّده القول بعدم جواز البيع عليه، ولعل الأول أظهر كما قال به المصنف بعيد هذا فتأمّل.

ويشترط أيضاً كونه قابلاً للبيع فلا يصحّ رهن الوقف والخمر وان كان متخذاً للتخليل.

وقيل: يطهر ويحلّ ولو بعلاج بان يطرح فيه خلّ أو عصير أو غير ذلك من الأعيان، سواء كان مايعاً أو جامداً بالقصد وغيره بشرط أن يكون طاهراً، وهو

---

(١) قد تقدّم توضيح كل واحد من هذه التفريعات في كلام الشارح قده عند كل واحد من الاصول فلاحظ.

(٢) اشارة الى قوله تعالى: ولنْ يجعلَ الله للكافرينَ على المؤمنينَ سَبيلاً ـ النساء ـ ١٤١.

....

المفهوم من التذكرة مع عدم نقله الخلاف إلّا عن الشافعي، فانه قال: لايطهر ان كان سبب التخليل مايطرح فيه معلّلاً بأن سبب النجاسة والتحريم هو الخمريّة، ويزولان بزوالها ضرورة زوال المعلول بزوال علّته.

وردّ استدلال الشافعي ـ بأن(١) ماوقع فيه ينجس ولايطهر لعدم الانقلاب، وسبب آخر ولايمكن طهارة ماطرح فيه مع نجاسته مع كونه مايعاً ـ بأن(٢) المطروح فيه كالآنية(٣).

وهذا (٤)**مشكل على تقدير نجاسة** الخمر وعدم دليل خاصّ على طهارته مع طرح شيء فيه، من إجماع وخبر صحيح صريح، فان(٥) كان، والا فالظاهر قول الشافعي، وقد مرّ في بحث الطهارة وسيجيء أيضاً.

وقال أيضاً في التذكرة: لو طرح العصير على الخلّ وكان العصير غالباً يتغيّر الخلّ فيه عند الاشتداد، طهر اذا انقلب خلاً لزوال المقتضي للنجاسة، وهو احد وجهي الشافعي والثاني أنّه لايطهر.

ولو كان الغالب الخلّ وكان يمنع العصير من الاشتداد فلا بأس به، وبه قال الشافعية.

وفي الأوّل تأمّل الا ان يكون منصوصاً أو مجمعاً عليه وليسا(٦)، والثاني جيّد فتأمّل.

---

(١) بيان لاستدلال الشافعي.

(٢) بيان لرد استدلال الشافعي فراجع التذكرة ج٢ ص ١٨.

(٣) يعني **كما أن الآنية المتنجسة بالخمر تطهر بالتخليل** تبعاً فكذا المقام.

(٤) من كلام الشارح قدّس سره.

(٥) ان كان دليل فهو والا فالقول قول الشافعي ظاهراً.

(٦) يعني لامنصوص ولامجمع عليه.

....

ولا رهن أرض الخراجيّة أيضاً وهي التي فتحت عنوة أو أسلم أهلها عليها بان تكون الأرض مملوكة للمسلمين، وهم يتصرفون فيها ويعطون الخراج الى الامام عليه السلام ويصرفه في مصالح المسلمين، فانه اجرة أرضهم.

وجهه ظاهر اذا كانت منفردة عن البناء والغرس، فانها ملك للمسلمين قاطبة وليس للراهن منها حصّة معيّنة، بل له الانتفاع باجرتها من جهة المصالح أو بالارض باذن الناظر ولايمكن بيعها.

واما اذا كانت فيها الأبنية والاغراس، فظاهر جواز رهنها بدونها ان لم تكن من اجزاء تلك الأرض وتوابعها.

واما ما (اذا خ) كانت منها أو رهنتا معها فالظاهر عدم صحّة الرهن فيها والابنية منها واما هما فيمكن صحّة رهنها ان امكن بيعها.

قال في التذكرة: لايصحّ رهن أرض الخراج (الى قوله): وان كان فيها بناء أو غرس، فان كان البناء معمولاً من ترابها فحكمه حكمها، وان كان من غيرها جاز رهنه ورهن الغرس، وان افرد الغرس والبناء، بالرهن صحّ، وان رهنه مع الأرض لم يصحّ رهن الأرض، فامّا البناء والغراس فبنيّ على القولين في تفرّق الصفقة، فان قلنا: يفرق صحّ في الجائز منه، واذا قلنا: لايفرق ـ لان الصفقة جمعت حلالاً وحراماً ـ فسد الجميع، وان قلنا: لايفرّق ـ لان ذلك يؤدّي الى جهالة الغرض في الجائز منه ـ صحّ هنا فيما يجوز لأنه لاغرض فيه الخ(١).

ويوجد في كثير من العبارات: يجوز بيعها تبعاً للآثار من بناء أو غرس، ويجوز رهنها كذا قاله في شرح الشرائع مع منعه في المتن.

وفيه تأمّل واضح، فانه كيف يجوز تبعيّة مالايجوز بيعه ورهنه بسبب جواز

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

ورهن المدبّر ابطال لتدبيره.

مايجوز فيها ذلك الاّ أن يقوم عليه دليل وحجّة وليس على الظاهر سوى جواز التصرف وبيع الأثر ورهنه، ولعلّ عندهم دليلاً وما رأيناه وقد مرّ البحث عن ذلك فتذكر.

والظاهر أنه لايجوز اخراجها من الملك بوجهٍ إلّا جعلها مسجداً كما جوزه في الدروس وغيره.

ولعل وجهه انه مصلحة من مصالح المسلمين مؤيداً بعموم أدلّة جواز المسجد والترغيب في بنائه من غير قيد، وفعل الناس في زمانهم عليهم السلام من غير اذن سابقٍ وبعدهم عليهم السلام الى الآن من غير انكار من العلماء والصلحاء ذلك.

ولعله لايشترط هنا ملكيّة الجاعل مسجداً، أويقال: انه يصير قبله ملكاً ثم يصير مسجداً كما قيل مثله في العبد(١) المأمور بعتقه، ويؤيده انه يجوز جعل الامام عليه السلام اياه مسجداً وليس بملك له.

ويجوز باذنه أيضاً من غير التملك وقد مرّ البحث في ذلك فتأمّل وتذكر.

قوله: «ورهن المدبر الخ» الظاهر أنه لانزاع في جواز ابطال التدبير ثم الرهن لأنه جائز عند الأصحاب.

والظاهر أيضاً عدم جواز جعل خدمته رهنا لأنه من المنافع وقد اشترط العين وان ورد رواية دالّة على جواز بيع خدمته(٢) وقد عمل بها الشيخ(٣).

ولو قيل به فلا يستلزم القول بجواز رهنها، اذ ليس كل مايجوز بيعه يجوز

---

(١) يعني لو قال له قائل: اعتق عبدك عني فاعتقه يصير الآمر قبل اعتاق المأمور مالكاً ثم يعتق من ملكه كي لاينافي قوله عليه السلام: لاعتق الا في ملك فكذا هنا فتأمل.

(٢) راجع الوسائل باب ٣ حديث ١ - ٣ - ٤ من كتاب التدبير الخ ج ١٦ ص ٧٤.

(٣) راجع الاستبصار ج ٤ ص ٢٩ قوله ره: فالوجه في الجمع الخ.

ويمضي رهن ملكه لو ضمه الى ملك غيره ويقف الآخر على الاجازة.

ويصح رهن المسلم والمصحف عند الذمّي اذا وضعا (وضعهما خ) على يد مسلم.

رهنه، نعم العكس صادق.

واما رهنه حال التدبير، هل يصحّ أم لا؟ وعلى تقدير الصحّة هل يبطل التدبير أم لا؟ ففيه البحث وظاهر المصنف هنا والتذكرة الصحّة مع البطلان.

وفيه تأمّل، اذ الظاهر الصحّة مع عدم البطلان بعموم أدلّة الرهن وجواز التصرف في المدبّر، ولكن لمّا لم يكن بينه وبين الرهن منافاة فالظاهر بقائه موقوفاً، فان بيع في الدين بطل تدبيره وان لم يبع يبق مدبّراً.

ويؤيّده أنه لو كان بينهما منافاة لزم عدم صحّة الرهن لوجود التدبير قبله، وعلى تقدير بطلان التدبير بالرهن، انما يبطل بعد اتمام الرهن، وصحته رهناً غير معلوم الصحّة لورود العقد على المدبّر الذي لايجتمع رهنه مع تدبيره ولهذا بعينه قيل: بعدم صحّة بيعه الا بعد ابطال التدبير.

على ان البطلان بعد اتمام الرهن لم ينفع لوقوع الصيغة على المدبّر، فالظاهر الصحّة وعدم المنافاة فيبق مدبّراً مرهوناً، الا ان يقال: يبطل قبيل الصيغة كما في العبد المأمور بعتقه.

ولكن هناك قبل ذلك، للضرورة وليست هنا لعدم نصّ ولاإجماع.

قوله: «ويمضى رهن ملكه الخ» دليله قد مرّ في البيع مع التأمّل فتذكر ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضوليّ في الرهن الّا القياس على البيع والشراء أو عدم القائل بالفرق ان صحّ.

قوله: «ويصح رهن المسلم الخ» أي العبد المسلم، قد مرّ دليله.

والمرتد وان كان عن فطرة، و الجاني عمداً أو خطاءً.

وانما يصح على دين ثابت في الذمّة لاعلى مالم يثبت وان وجد سببه كالدية قبل استقرار الجناية.

قوله: «والمرتد وان كان عن فطرة الخ» عطف على المسلم أي ويصح رهن العبد المرتد، دليله عموم أدلّة الرهن مع عدم المانع، اذ ليس الّا الارتداد، وليس بمانع، اذ قد لايقتل وان وجب قتله ولم يخرج عن الملك فيباع في الدين.

وكذا العبد الجاني، بل يزيد هنا أنه قد تعفى عنه، فانّه جائز، بل حسن فيباع في الدين.

ويمكن جواز تسليم المرتد الى الذمّي اي المرتهن الذمّي المرتد، ويمكن العدم لحرمة أصل الاسلام.

قوله: «وانما يصح على دين ثابت الخ» اشارة الى الركن الثالث، وهو ماعليه الرهن واشترط كونه ديناً، فظاهره عدم جوازه على الأعيان الغير المضمونة مثل الوديعة والعارية الغير المضمونة والمستاجرة، والمضمونة، مثل ان تكون مغصوبة أو مستعارة مضمونة، ولاعلى درك الثمن أو المبيع لما يشعر به تعريف الرهن، المقدم عن الشرائع حيث قيّد بالدين.

لعل دليله الأصل، وعدم ثبوته الّا في المجمع عليه، وهي ليست كذلك.

وأنّ الرهن لاستيفاء الحقّ، ولاحقّ في الاولى(١)، ولايمكن استيفاء العين فيها وفي الثانية (٢) من الرهن أي شيء كان.

وفيه تأمّل، اذ عموم أدلّة الرهن يدفع الأصل وفي ثبوته حين الرهن تأمّل سيذكر.

---

(١) يعني في الاعيان الغير المضمونة لايصح الاستيفاء من عين تلك الاعيان.

(٢) يعني لاحق للمرتهن في الاعيان المضمونة.

....

مع انه قد يقال: الأصل تسلّط المالك على ماله، والتصرف فيه باذنه.

وأن الاستيفاء اعم من أخذ العين المدفوعة أو المثل أو القيمة.

ويمكن اعتبار صدق التعريف أيضاً بوجهٍ مّا ان كان جائزاً عند المعرّف، فكأنّ الجواز في الثانية(١) أظهر، ولهذا قال في التذكرة: فالاقوى جواز الرهن عليها أي على الاعيان المضمونة.

ويفهم منه عدم الخلاف في عدم الصحة على الاولى، لعدم الثبوت وعدم حق بحيث يستحقّ استيفائه.

ويمكن باعتبار الأوّل الى الثبوت بان يقصر في الحفظ فيضمن.

ولكن اشتراط الثبوت حال الرهن ينفيه وان كان في تحققه في جميع الصور التي قالوه أيضاً محلّ التأمّل كما في العارية المضمونة، فانه لايضمن الّا بعد التلف وسيجيء غيره فتأمّل.

وأمّا اشتراط الثبوت حال الرهن ـ إمّا بالفعل أو بالقوّة، مثل زمن الخيار كما قاله في التذكرة ـ فكأنّ دليله أن ذلك ثابت إجماعاً، قال في التذكرة: عقد الرهن، بعد ثبوت الحقّ وتقرّره في الذمة إجماعاً.

ولا إجماع في غيره الا أنّك قد عرفت أن لايحتاج اليه، ويكفي شمول عموم الأدلّة والتسلّط فتأمّل.

لعلّه الى هذا نظر في التذكرة حيث قال: اما لو قارنه وامتزج الرهن بسبب ثبوت الدين، مثل ان قال: بعتك هذا العبد بالف وارتهنت هذا الثوب به (الى قوله): الاقرب الجواز.

وقد مرّ التأمّل فيه ولايبعد، لعموم الأدلّة وعدم ظهور مانع الا **اشتراطهم**

---

(١) يعني في الاعيان المضمونة.

ويصحّ على مال الكتابة، فان فسخ المشروطة للعجز بطل.

ولاينعقد على مالايمكن استيفائه منه كالاجارة المتعلّقة بعين المؤجر كخدمته ويصحّ في العمل المطلق.

وان يجعل الرهن على دين، رهناً على آخر.

ذلك وهو غير ثابت بالدليل في محلّ النزاع، ولهذا نجد تجويزهم في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك فتأمّل.

قوله: «ويصح على مال الكتابة الخ» وجهه ظاهر، وهو شمول الأدلّة مع وجود الشرائط. وكذا دليل بطلانه على تقدير فسخ المشروطة، بل هو اظهر، لان المال صار للسيد ولامعنى كونه رهناً له وما بق له شيء في ذمّة العبد.

قوله: «ولاينعقد على مالايمكن الخ» يعني لابدّ ان يكون مايرهن عليه ممّا يمكن استيفائه من الرهن فلا يصحّ الرهن على مالايمكن مثل خدمة شخص معيّن، وكتابته وبناءه اذا استأجران يعمل ذلك بنفسه، اذ مع تعذر عمله لايمكن استيفاء ذلك من الرهن بوجه.

واما اذا امكن فيصح سواء كان عيناً أو منفعة، مثل أن استأجر شخصاً على تحصيل كتابة كتاب معلوم باجرة معلومة مطلقا فيثبت في ذمته تحصيل ذلك ويمكن الرهن عليه لامكان استيفاء ذلك من الرهن فيصح **الرهن على مافي الذمة عيناً** كان أو منفعة ولكن في اطلاق الدين المشترط في الرهن، عليه تأمّل وان كان باعتبار مافي الذمّة، من الاجرة، ففي الحقيقة، الرهن انما يكون على ذلك.

فيرد عليه انه حينئذٍ ينبغي الجواز على العمل الخاص أيضاً فتأمّل.

فان فيه مثل مافي الاعيان فانه يمكن ان يكون معنى الاستيفاء اعم من أن يكون مثلاً أو قيمة.

قوله: «وان يجعل الرهن الخ» يعني لايشترط في الرهن كونه غير رهن على آخر

ويشترط في المتعاقدين جواز التصرف، ولوليّ الطفل الرهن وقبوله مع المصلحة دون اسلاف ماله أو اقراضه الّا مع الغبطة و(أوخ) الحاجة فيأخذ الرهن، ولو تعذر أقرض من الثقة.

كما انه لا يشترط فيما يرهن عليه عدم الرهن عليه فيصحّ الرهن على دين آخر بعد أن كان رهنا على دين.

كما انه يجوز الرهن عليه بعد ان كان عليه رهن آخر.

فان كان على دين أيضاً للمرتهن ويعلمه صحّ، وان كان لغيره فيحتاج الى اذنه، فان اذن فالظاهر صحته ولم يبطل الأول خصوصاً اذا كان بحيث يمكن استيفائهما عنه.

بل يكون موقوفاً ومتأخراً عن الثاني فان بقي بعد استيفائه شيء يكون رهناً على الأول يستوفي ذلك منه كذا ذكره في التذكرة.

، وليس ببعيد، ولو ذكر هذه في شرائط الرهن لكان أولى لانه دفع لمذهب الحنفيّة انه يشترط في الرهن كونه غير مرهون.

قوله: «ويشترط في المتعاقدين الخ» اشارة الى الركن الرابع، وهو كون المتعاقدين جائزي التصرف كما هو شرط في سائر العقود وقد تقدم في البيع.

ويجوز كون العاقد وصيّاً ووكيلاً ووليّاً مع المصلحة واليه اشار بقوله: (ولولي الطفل الرهن الخ) يعني يجوز له ان يستقرض للطفل فيرهن، ما ارهن عليه، وان لزم له مال في ذمّة شخص يأخذ الرهن عليه مع المصلحة ولكن لا يسلف بماله ولا يقرضه الّا مع الغبطة بان يحصل له نفع يعتدّ به مع الأمن عن التلف أو مع الحاجة بان يكون في معرض التلف ولا يمكن ضبطه الّا بهذا الوجه فيسلف أو يقرض ويأخذ الرهن من الثقة الملي فان تعذر الرهن يكتفي بالملاءة والثقة، ومع التعذر يسقط، ومع وجودهما يمكن تقديم

ويجوز للمرتهن اشتراط الوكالة له، ولغيره وتلزم.
ووضع الرهن على يد أجنبيّ.

الثقة ويحتمل الملي أيضاً.

وبالجملة بحسب نظر الولي وظنّه والعادة فتأمّل.

وكان(١) الغبطة مغنياً عن الحاجة، جمعهما للتوضيح.

قوله: «ويجوز للمرتهن الخ» أي يجوز للمرتهن ان يشترط في الرهن كونه وكيلاً في البيع عند حلول المال وعدم أدائه وفي أخذه عن الرهن.

وكذا له ان يشترط ذلك لغيره، ومع الشرط يلزم الوكالة بمعنى انه لا يجوز للراهن عزله، ولكن للوكيل عزل نفسه خصوصاً اذا كان لنفسه.

وفيه تأمّل خصوصاً اذا كان البيع وشرط الوكالة مصلحة للراهن أيضاً أو كانت لغيره فانه يفوت الغرض من التوكيل.

ودليل اللزوم ما تقدم من أدلة لزوم الشرط في العقود اللازمة فلما كان الرهن لازماً من جانب الراهن فقط فكانت الوكالة أيضاً ـ من جانبه فقط ـ لازمة، لا من جانب المرتهن فله عزل نفسه.

وكذا الغير، فانه لمصلحته فكأنه نفسه فلما رضي بكونه وكيلاً فكأنه رضي جعله كنفسه.

ويؤيّده جواز عقد الوكالة إلّا مع ثبوت اللزوم وهنا غير ثابت، ويحتمل لدليل لزوم الشرط وخرجت الوكالة الغير المشروطة وبقي الباقي فتأمّل.

قوله: «ووضع الرهن على يد اجنبيّ» يعني يجوز وضع الرهن على يد اجنبيّ برضاهما كما يجوز وضعه على يد احدهما.

---

(١) يعني قول الماتن ره: الا مع الغبطة والحاجة كان ذكر الاول مغنياً عن الثاني وانما جمعهما لان العطف تفسيريّ وتوضيحيّ لا مغاير.

فلو مات بطلت الوكالة دون الرهن.

ولو مات المرتهن لم ينتقل الوكالة الى وارثه الّا مع الشرط.

ويسلّمه العدل اليهما أو الى من يتفقان عليه، ولو غابا سلمه الى الحاكم مع الحاجة، لابدونها.

والظاهر عدم اشتراط اذن المرتهن في وضعه على يد الراهن، لانه ملكه وتحت يده، ولاينافي تعلّق حق الغير به كونه في يده سواء. في ذلك كون القبض شرطاً أم لا، اذ المراد بالقبض مامرّ في البيع، وهو لايستلزم الدوام وما شرطه أحد، على الظاهر.

ويحتمل ان يكون عطفاً على الوكالة(١) وحينئذٍ يلزم كالوكالة.

قوله: «فلو مات بطلت الخ» أي لومات الراهن أو الوكيل في بيع الرهن في الدين وأخذه منه، تبطل الوكالة، كما تبطل بموت الموكّل أو الوكيل في غير الرهن على ماقد تقرّرعندهم وسيجيء ولايبطل الرهن بل ينتقل حقّ الرهانة الى ورثة المرتهن كما كان له.

قوله: «ولومات المرتهن الخ» ذكره بعد امكان فهمه ممّا سبق، لدفع انتقال الوكالة الى الورثة بدون الشرط وانتقالها معه.

عدم انتقالها واضح، للأصل، ويمكن الإنتقال مع الشروط، لأدلّة لزوم الشروط، اذ الظاهر عدم المانع منه وكونه مشروعاً. فتأمل.

قوله: «ويسلّمه العدل الخ» اشارة الى كيفيّة تسليم الأجنبي الذي وضع الرهن عنده، وعبّر عنه بالعدل اشارةً الى أنه ينبغي ان يكون ذلك عدلاً، لعدم الوثوق بغيره فيجب ان يسلّمه الى الراهن والمرتهن بان وضعه في يدهما معاً أو يد من يرضيانه ولو كان أحدهما.

---

(١) يعني يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة واشتراط وضع الرهن الخ.

ولو دفعه مع الحاجة الى غير الحاكم من دون اذنهما أو اذن الحاكم مع القدرة عليه ضمن.

ولو وضعاه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما.

وهذا يشعر بعدم جواز تسليمه الى الراهن فقط أيضاً، فيفهم منه ان لايكون له الحفظ وكون الرهن تحت يده الّا مع رضا المرتهن.

وفيه تأمّل، والظاهر الجواز كما مرّ، والاستصحاب وكونه مالكاً، يقتضيانه، ويمكن حمله على شرط ذلك في الرهن فتأمّل.

ولو أراد التسليم ولم يمكن(١) اليهما لغيبتهما ونحوها، تسلّمه الى الحاكم مع الحاجة ولايسلّمه اليه مع الإمكان، فان تعذر-مع عدم امكانه عنده لخوف التلف من عنده أو حصول سفرضروري-يمكن جعله عند ثقة، ويمكن عدم الضمان حينئذٍمعه ويحتمل جواز دفنه واعلام الثقة بذلك لئلاّ يفوت.

ولو دفع الى الحاكم-مع عدم الحاجة من دون اذنهما ويمكن معها أيضاً مع امكان الاذن او الدفع اليهما- يمكن الضمان كما يشعر به كلامه.

وكذا مع الحاجة وعدمها الى غير الثقة، والى الثقة أيضاً بغير اذنهما واذن الحاكم مع الامكان ومع الحاجة الى الثقة أيضاً مع امكان اذنهما أو اذن الحاكم أو الدفع اليهم.

وبالجملة، لايضمن بالدفع مع الاذن، والى الثقة مع الحاجة وعدم امكان الدفع اليهما واذنهما واذن الحاكم، والى الحاكم مع الحاجة وعدم امكان الاذن، وفي غيرها يمكن الضمان مطلقا وفي الاثم والضمان في بعض الصور، تأمل وسيجئ البحث عن ذلك.

قوله: «ولووضعاه على يد عدلين الخ» لو سلماه اليهما ولم يأذن الانفراد

---

(١) يعني لم يمكن التسليم الى الراهن والمرتهن.

«المطلب الثاني في الأحكام»

يقدّم استيفاء دين الرهن منه وان كان المديون ميّتاً وقصرت أمواله فان فضل شيئ صرف في الدين (لديون خ).

ودين المرتهن على غير الرهن، كغيره، ولو اعوز ضرب مع الغرماء بالباقي.

لكلّ منهما، فهما معاً مودعان، فيجب النظر والحفظ عليهما معاً إلّا ان لايمكن الا عند احدهما والنظر له فقط، فينفرد كل منهما باذن الآخر ويتساويان.

قيل: ولا يسلّم احدهما الا باذن الآخر.

والظاهر أن لأحدهما فقط التسليم اليهما، والى من يتفقان عليه، بل يجب فوريّاً من دون انتظار الآخر، لأن المال لهما وليس للآخر الّا حفظه لهما باذنهما، فاذا أرادا أخذ مالهما، فلهما أخذه من دون اذنهما(١)، فللعالم بذلك التسليم فلا يجوز منعهما، نعم يمكن ذلك للاشهاد ونحوه فتأمل.

قوله: «المطلب الثاني الخ» يعني من احكام الرهن وفوائده أنّ الدين الذي عليه الرهن، مقدّم على سائر الديون في استحقاق استيفائه من الرهن سواء كان صاحبه حيّاً أو ميّتاً، وفي ماله وفاء لديونه أم لافيؤخذ مقداره من الرهن ان وسع ولو بقي شيء فهو لسائر الغرماء ان كان دين والا فللوصيّة أو الارث وإن لم يسعه فصاحبه مثل سائر الغرماء في الفاضل.

ودين المرتهن الذي لارهن عليه، مثل سائر الديون وهو ظاهر كضربه مع الغرماء في الفاضل.

وأمّا الدليل على تقديمه على سائر الغرماء فالظاهر انه إجماعي في الحيّ،

---

(١) يعني من دون اذن العدلين اللذين وضع الرهن عندهما.

....

مستنده كون ذلك من خصائص الرهن، فان الدين المتعلّق بالرهن لامحالة، له تعلّق الاستيفاء وان ذلك من فوائده التي شرع لها.

والمشهور انه على تقدير كونه ميّتاً وقصور ماله عن ديونه أيضاً، كذلك وان خالف فيه البعض، واليه اشار بقوله: «وان كان المديون ميتاً الخ».

ودليله انه استحقّ الاستيفاء من الرهن قبل تعلّق سائر الديون بالاموال والتركة فلا يشاركه أحد.

ودليل الشركة حينئذٍ ان المال بعد الموت إمّا ان يصير للغرماء أو يتعلق به الديون والكلّ دين والفرض عدم الكفاية فيجب القسمة بالحصص.

ويؤيده الاخبار، مثل مافي مكاتبة سليمان بن حفص المروزي، قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً الّا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه اكثر من مال المرتهن أيأخذه بماله أوهو وسائر الديان فيه شركاء؟ فكتب عليه السلام: جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص الحديث(١). وقريب منه رواية عبدالله بن الحكم عنه عليه السلام(٢).

ودلالتها صريحة، ولكن سندهما غير صحيح، غير أنى ماوجدت حديثاً يدل على المشهور الّا أنه مشهور، بل قد لايذكر الخلاف ووجهه لايخلو عن قوة.

ثم اعلم انه قد يختلج التأمّل في اختصاص المرتهن بالرهن بعد الحجر بالفلس، بل قبله أيضاً في تخصيص بعض الديان ببعض دون البعض وان كان

---

(١) الوسائل باب ١٩ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١٩ حديث ١ من كتاب الرهن، والاولى نقل متن الحديث، عن عبدالله بن الحكم (الحكيم خ ل) قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام، عن رجل افلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون، وليس عند بعضهم فمات ولايحيط ماله بما عليه من الدين؟ قال: يقسم جميع ماخلف من الرهون وغيرها على ارباب الدين بالحصص.

والمرتهن أمين لايضمن الّا بالتعدي ولايسقط بتلفه شيئ من الحقّ.

المفهوم من شرح الشرائع(١) الاجماع على الاختصاص بالرهن حال الحياة وجواز تخصيص بعض الديان بتمام ماله وكون الاختيار إلى المالك في الترجيح مع عدم الحجر، وانه انما التعارض والنزاع بعده.

لما يفهم من الرواية عدم الاختصاص فلا فرق بين الحيّ والميّت.

ولأنّ الكلّ ممّا يجب ان يؤدّي عوضه، فجواز الترجيح ـ من غير مرجّح واعطاء البعض الكلّ، وجعل غيره محروماً بالكليّة ـ لايخلوعن شيء، ولهذا شرع الحجر.

وان كان كونه مالكاً وله التسلط على ملكه بما يريد يقتضي ان يكون له ان لايعطي واحداً منهم ويصرفه في غيرهم على طريق الهدية والهبة.

ولكن فيه تأمّل من جهة وجوب الصرف الى الديان بلا خلاف مع الطلب.

فالظاهر انه يدل على تحريم صرفه في غيره لأنه ضد ، وعدم صحته أيضاً، اذ الغرض من النهي وصول المال الى الديان، وهو لايتم الا مع فساد الاعطاء للغير وعدم تملكه فهو الظاهر فتأمّل.

قوله: «والمرتهن امين الخ» دليل عدم الضمان حينئذٍ وعدم سقوط شيء من الحقّ بتلف المرهون، هو الأصل، وان المرتهن بمنزلة الودعيّ فلا وجه للضمان والأخبار، مثل صحيحة جميل بن درّاج، قال: قال أبو عبدالله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن؟ قال: هو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه

---

(١) حيث قال عند شرح قول المحقق ره: «والمرتهن احق باستيفاء دينه»: ماهذا لفظه: يتحقق التعارض في الحيّ اذا كان مفلّساً محجوراً عليه، اذ بدونه يتخيّر في الوفاء، والخلاف، في تقديم المرتهن على غرماء الميت وقد روي حينئذٍ انه وغيره سواء، والاقوى تقديمه مطلقا لسبق تعلق حقه بالعين (انتهى) المسالك ج١ ص٢٣٠.

....

بماله(١).

وحسنة الحلبي، في الرجل يرهن عند الرجل الرهن فيصيبه توى(٢) او يضيع (ضياع ئل)؟ قال: يرجع بماله عليه.

ويدل عليه أيضاً رواية عبيد بن زرارة، وكذا مرسلة أبان عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام، في رجل رهن عند رجل داراً فاحترقت أو انهدمت؟ قال: يكون ماله في تربة الأرض، وقال في رجل رهن عنده مملوك فجذم أو رهن عنده متاع فلم ينشّر (فلم ينشرخ ئل) المتاع ولم يتعاهده ولم يحرّكه فتأكّل(٣) هل ينقص من ماله بقدر ذلك؟ قال: لا، والاخبار في ذلك كثيرة جداً.

ولكن روي أخبار يضادّها مثل صحيحة أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام في الرهن يترادّان الفضل؟ قال: كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت: كيف يترادّان؟ فقال: ان كان الرهن افضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وان كان لايسوي، ردّ الراهن مانقص من حقّ المرتهن، قال: وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك(٤).

وموثقة ابن بكير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرهن؟ فقال: ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك، أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن، وان كان أقل من ماله وهلك الرهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء.

---

(١) أورده واللذين بعده في الوسائل باب ٥ حديث ١ ـ ٣ و٩ من كتاب الرهن.

(٢) والتوى مقصوراً ويمدّ هلاك المال (مجمع البحرين).

(٣) في الوسائل نقلاً من الصدوق ره: فاكل يعني أكله السوس.

(٤) أورده والذي بعده في الوسائل باب ٧ حديث ١ و٣ من كتاب الرهن.

....

وحملتا على ماإذا فرّط المرتهن وقصّر وتلف في يده، وذلك غير بعيد للجمع، ولعدم (صراحتهما ظ) في ضمان المرتهن مع عدم التفريط.

ويؤيده اخبار مثل مرسلة ابان عمن اخبره عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال في الرهن اذا ضاع من عند المرتهن من غير ان يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فان استهلكه ترادّا الفضل بينهما(١).

وعليه يحمل صحيحة اسحاق بن عمار ـ وان كان فيه قول ـ قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمأة درهم وهو يساوي ثلاثمأة درهم فهلك، أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل وضيّعه، قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: على حساب ذلك. الحديث(٢).

ويؤيد الحمل قوله: (ضيّعه).

وكذا رواية سليمان بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا ارتهنت (رهنت خ) عبداً أو دابّة فماتا فلا شيء عليك، وان هلكت الدابّة أو أبق الغلام فأنت ضامن(٣).

فكأنه يريد هلاك الدابّة بتفريطه، والّا فيصير منافياً لقوله: (فماتا فلا شيء عليك) ويحتمل أن يكون بمعنى (أهلكت) وكذا كون الاباق بتفريطه وعدم حفظه والشهرة يؤيّده بل الإجماع على الظاهر حيث مانقل الخلاف، والاحتياط واضح.

وقوله: (٤) (ولايسقط) بعد قوله: (لايضمن) للاشارة الى ردّ هذه الرواية

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٧ من كتاب الرهن.
(٢) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الرهن.
(٣) الوسائل باب ٥ حديث ٨ من كتاب الرهن.
(٤) يعني المصنف.

ولو تصرف ضمن العين إن تلفت بالمثل في المثلي، والقيمة يوم التلف في غيره والأجرة.

وله المقاصّة لو انفق.

للتأكيد، وهو ظاهر.

قوله: «ولو تصرف ضمن الخ» يعني لو تصرف المرتهن الذي كان اميناً في الرهن تصرفاً غير مأذون فيه، خرج عن كونه أميناً، بل صار غاصباً ضامناً، فيضمن المثلي بالمثل والقيمي بقيمته، ويضمن اجرته أيضاً ـ من يوم تصرف الى حين تلفه أو تسليمه الى مالكه ـ ان كان ممّا له اجرة ومضى زمان يقتضيها، سواء استوت النفقة أم لا.

دليله هو انه بعده خرج عن الأمانة، وهو ظاهر فيضمن كسائر المتصرفين غير الأمناء في أموال الناس بدليله كالاجماع ونحوه.

واما كون القيمة يوم التلف فكأنه مبني على ان التصرف كان متلفا والا يحتمل اعلى القيم، لانه بالحقيقة صار غاصباً ويقولون فيه بذلك.

الا ان الظاهر هو القيمة يوم التلف فيه أيضاً، لانه حين لزوم القيمة عليه الا ان ينقص منه ماله قيمة مثل صوف وسمن فيضمن ذلك أيضاً لا القيمة السوقيّة، لما يظهر من الاجماع على عدم ضمانها وأخذ الغاصب بأشق الأحوال في الدنيا لادليل عليه.

قوله: «وله المقاصّة لو انفق»: الظاهر أنّ للمرتهن، الرجوع على الراهن بما انفق على الرهن بما هو واجب عليه بشرط عدم كونه متبرّعاً فينبغي اذنه، فان تعذر فاذن الحاكم والا، الإشهاد، والا، القصد فقط.

واما المقاصّة به من مال الراهن رهناً كان أو غيره، فالظاهر انه مشروط بشروطها كما في غير الانفاق.

ويمكن ان يراد بالمقاصّة مجرد الرجوع، وان يراد شرب اللبن وركب الظهر

وللمرتهن الاستيفاء لو خاف الجحود من غير إذن من الراهن ووارثه.

كما في رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليهم السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: الظهر يركب اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبه نفقته، والدرّ يشرب اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته(١).

ويمكن -مع ضعفها- حملها على الإذن ولو كان مأخوذاً من العادة المتعارفة بينهم، وعلى المساواة بين النفقة والركب والشرب وعدم حصول الإذن ثم التراضي وكذا صحيحة أبي ولاّد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بماله، أله ان يركبها (يركبه يب)؟ فقال: ان كان يعلفها (يعلفه يب) فله ان يركبها (يركبه يب)، وان كان الذي رهنها (رهنه يب) عنده يعلفها (يعلفه يب) فليس له ان يركبها (يركبه يب)(٢).

قوله: «وللمرتهن الاستيفاء الخ» يعني له أن يأخذ دينه من الرهن من غير اذن الراهن، ومن غير اذن وارثه بعد موته ان خاف جحودهما خوفا، سواء أمكن له الاثبات عند الحاكم أم لا، لأمكان الحرج وتوجه اليمين، هذا ظاهر المتن.

ويمكن ان يكون خوفاً مظنوناً بقرائن، لا مجرّد الوهم.

وأيضاً يمكن تقييده بعدم البيّنة المقبولة أو عدم امكان الاثبات عند الحاكم، لعدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه، وخرج صورة عدم الامكان للضرورة والاجماع وبقي الباقي.

ورواية(٣) سليمان بن حفص المروزي، قال: وكتبت اليه: في رجل مات

---

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٣) قوله قده: ورواية مبتدأ وخبره قوله قده: تشعر.

ولو ظهر للمشتري من المرتهن أو وكيله عيب رجع على الراهن، ولو كان الرهن مستحقاً رجع على المرتهن القابض.

وله ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالاً، وان عنده رهناً؟ فكتب عليه السلام: ان كان له على الميّت مال ولابيّنة له عليه فليأخذ ماله ممّا (بما خ ل) في يده وليردّ الباقي على ورثته(١) (الحديث) تشعر باشتراط عدم امكان الاثبات، لكنها غير صريحة ولاصحيحة وقد مرّ مايدل على الحكم فتذكر.

والاولى اذن الحاكم ان امكن.

والظاهر انه لايشترط عدم البيّنة وعدم امكان الإثبات عند الحاكم، لما مرّ من دليله، واحتمال أول(٢) الأمر الى التفويت ولايفوت من الغريم شيء، فتأمّل.

قوله: «ولو ظهر للمشتري الخ» يعني لو اشترى شخص الرهن، من المرتهن الذي هو وكيل للراهن أو من وكيل آخر ثم ظهر فيه عيب موجب للخيار في الفسخ وفسخه، يرجع المشتري على الراهن لاالوكيل.

وجهه ظاهر، وهو ان الوكيل واسطة في ايقاع البيع، وانما المال له فيجب أن يردّ اليه الرهن ويستردّ منه الثمن.

وكذا في ارش النقص لو لم يفسخ وهو ظاهر.

بخلاف مالو خرج الرهن مستحقاً للغير وحينئذٍ يردّ المال الى صاحبه ويرجع بالثمن الى المرتهن ان قبضه اياه، والا فالى من قبضه راهناً أو وكيله، لانه لاوكالة في الغصب ولايلزم احداً شيء الّا بقبضه، فلا يلزم الا القابض، وهو أيضاً ظاهر، ولافرق في ذلك كلّه بين الرهن وغيره.

---

(١) الوسائل باب ٢٠ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٢) يعني يحتمل أداء الأمر ـ لو اشترط عدم البيّنة وعدم امكان الاثبات ـ الى تفويت حق المرتهن.

والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن.

قوله: «والراهن والمرتهن الخ» تحريم مطلق التصرف ـ للراهن والمرتهن الّا باذن الآخر ـ ظاهر، لأن الحق لهما، وهو في المرتهن أظهر، لأنه ليس ماله، ومجرّد الرهن لايستلزم جواز التصرف وهو ظاهر.

والدليل عليه من العمومات قائم.

ويدل عليه أيضاً بعض الروايات بالخصوص، مثل موثقة عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل رهن رهناً الى غير وقت، ثم غاب، هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لاحتى يجيئ(١).

وموثقة ابن بكير ـ له ـ وهو عبدالله بن بكير الثقة الفطحي ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن رهناً ثم انطلق فلا يقدر عليه أيباع الرهن؟ قال: لاحتى يجيئ صاحبه(٢).

وهما يدلان على جواز الرهن من غير تعيين وقت ووكالة في البيع، وعلى منع البيع على تقدير التعذّر أيضاً، فتأمّل.

والظاهر ان عدم جواز تصرفه ممّا لاخلاف فيه إلّا ان حصول الإثم بمجرد قوله: (بعت) مثلاً، مشكل، فيحتمل عدم الصحة فقط.

وان تصرفه بالاذن يجوز، وقبل الاذن يصحّ أيضاً مع القول بالفضولي.

والظاهر عدم القول به في العتق لقولهم عليهم السلام: لاعتق الا في ملك(٣)، ويمكن الجواز والتأويل كما في (لابيع إلّا فيما يملك)(٤).

---

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ٤ حديث ٣ من كتاب الرهن.

(٣) راجع الوسائل باب ٥ من كتاب العتق ج ١٦ ص ٦ وعوالي اللآلي ج٢ ص٢٩٩ رقم٤.

(٤) راجع الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع ج ١٢ ص ٢٥٢ وج٣ ص٤٢١ رقم٣ وعوالي اللآلي ج٢ ص٢٤٧ رقم١٦.

....

واما الراهن، فدليل منعه ـ عمّا يخرجه عن الرهن كالبيع والعتق أو ينقصه مثل اجارة الدار مع الغرض ـ ظاهر، سواء كان ذلك التصرف قوليّاً أو فعلياً.

واما مالاينقصه مثل تزويج العبد مع الغرض فغير معلوم الدليل الا ان يكون اجماعاً، وهو غير ظاهر، وكذا ملاعبة امته المرهونة وتعليمها الصنعة، بل وطئها مع تحقق عدم الحمل يقيناً أو ظناً قريباً منه.

بل وردت روايات معتبرة بجواز وطئها للراهن ان تمكّن، مثل حسنة الحلبي ـ لابراهيم ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن جاريته عند قوم أيحلّ له ان يطأها؟ قال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها (ذلك كا)، قلت: أرأيت ان قدر عليها خالياً؟ قال: نعم لا أرى هذا عليه حراماً(١).

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل رهن جاريته قوماً أله ان يطأها؟ فقال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها فقلت: أرأيت ان قدر على ذلك خالياً؟ قال: نعم لااري بذلك بأساً(٢).

ويؤيّده عدم وقوع ماينافيها في الروايات على مارأيت، وان كان(٣)، فيمكن حملها على مالاضرر فيه من الحمل وغيره مثل كونها صغيرة وآيسة، وحاملاً من الزنا.

وبالجملة المنع مطلقا غير ظاهر الوجه كما هو ظاهر أكثر العبارات خصوصاً عن الوطء ومثله وأقل منه ضرراً ومالاضرر على الرهن مثل الاستخدام ولبس الثوب اذا لم ينقص ولايضر وسكنى الدار وركوب الدابة واستكتاب المملوك كذلك.

---

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٣) يعني وان كان في الروايات ماينافيها فيمكن حمل هاتين الروايتين الخ.

....

نقل عن التذكرة جوازمثله عن الشافعي ومالك ، والمنع عن أبي حنيفة والشيخ.

قال الشيخ: واما استخدام العبد المرهون وركوب الدابّة المرهونة وزراعة الارض المرهونة وسكنى الدار، فان ذلك غير جائز عندنا ويجوز عند المخالفين.

وهذا يشعر بعدم الخلاف عندنا، بل الاجماع فتأمّل.

ثمّ قال: ويمكن الاحتجاج للأوّل بقوله عليه السلام: (والظهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب نفقته(١)، وروي ان الرهن محلوب ومركوب(٢).

ومن طريق الخاصّة رواية السكوني المتقدّمة عن الصادق عليه السلام(٣)، وحملها على الراهن.

والظاهر أن المراد المرتهن ويحتمل الأعم كما هوظاهر اللفظ، وقريب منها صحيحة أبي ولاد المتقدمة(٤).

ثمّ قال: ولان التعطيل ضرر منفي بالاصل، وبقوله عليه السلام: لاضرر ولااضرار(٥)، فعلى هذا القول يجوز سكنى الدار وركوب الدابة واستكتاب العبد ولبس الثوب اذا لم ينقص باللبس الخ.

وهذا يشمّ منه رائحة الجواز عنده، فتأمّل.

---

(١) الظاهر ان هذا الحديث هو خبر السكوني المتقدم.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٨ باب في الرهن ومتن الحديث هكذا عن النبي صلّى الله عليه (وآله) وسلّم، قال: لبن الدر يحلب بنفقته اذا كان مرهوناً والظهر يركب بنفقته اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويحلب، النفقة. وعوالي اللآلي ج١ ص٢٢٠ رقم ٩٢ وج٣ ص٢٣٤ رقم٢.

(٣) راجع الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٤) راجع الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٥) عوالي اللآلي ج ١ ص ٣٨٣ رقم ١١ وج٢ ص ٧٤ رقم ١٩٥ وج٣ ص٢١٠ رقم ٥٤ طبع مطبعة سيدالشهداء قم.

ولو أذن احدهما للآخر صحّ، والاّ وقف على الاجازة الاّ ان يعتق المرتهن.

ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة،في كونه اجازة للبيع نظر.

ولو احبلها الراهن فهي أم ولد، ولايبطل الرهن، وفي جواز بيعها قولان.

ولو اذن المرتهن في البيع فباع بطل الرهن ولم يجب رهنيّة الثمن.

ولو اذن الراهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن الاّ بعده.

قوله: «ولو أذن أحدهما للآخر الخ» جواز التصرف بالإذن ظاهر، والتوقف على الاجازة مبني على جواز الفضوليّ في تصرف المرتهن، وعدم جوازه في العتق مبني على عدم جواز الفضولي فيه كما مرّ، وقد تقدم فتأمّل.

وكذا تصرف الراهن، بل أولى منه، لأنّ المال له وكان للمرتهن، المنع لتعلّق حقّه به، فاذا جاز الفضولي فللراهن بالطريق الأولى فتأمّل.

قوله: «ولو باع الراهن الخ» وجه النظر ظاهر، ولكن كونه اجازة اظهر، لأنّ الشفعة مسبوقة ببيع صحيح، وهو فرع رضا المرتهن فطلبها يدل على رضاه بالبيع، وهو ظاهر الا ان يكون جاهلاً فينبغي العدم وسماع دعواه به ان امكن.

قوله: «ولو احبلها الراهن الخ» وجه كونها أم ولد، هو صدق تعريفها، ووجه عدم البطلان عدم المنافاة، ووجه القولين وجودهما.

والظاهر ترجيح الرهن وجواز البيع لسبقه وكثرة دليله وعدم ظهور شمول دليل عدم بيعها، لما نحن فيه، فتأمّل.

قوله: «ولو اذن المرتهن الخ» عدم جواز تصرف المرتهن في الثمن قبل الاجل ظاهر لأنه مايستحقّ الأخذ الاّ بعد حلوله،فقبله مالم يصرّح المالك به،لم يجز.

واذا حلّ الأجل باع المرتهن ان كان وكيلاً، والا، الحاكم.

واما الجواز بعده فكأنّه مفهوم من الاذن في البيع والتوكيل، فان فائدته جواز التصرف في الثمن.

ويحتمل توقفه بعده أيضاً على الإذن، لأنّ التوكيل في البيع لايستلزم جواز أخذ الثمن والتصرف فيه، وهو ظاهر الآ ان يدل عليه بشيء فكأنه المراد، ولكن الفرق بين قبل حلوله وبعده لم يظهر.

الا ان يقال: التصرف بعد الحلول يفهم من التوكيل في البيع وأخذ ماله، فانه ينصرف الى وقت الاستحقاق لاقبله او يخصّص بما اذا كان الثمن من جنس الدين فيجوز الأخذ من غير اذن كما قيل مثله فيما اذا كان في ذمّة المديون مثل الدين يقع على التقاصّ من غير تراض وفي الاصل والتساوي تأمّل فتأمّل.

قوله: «واذا حلّ الاجل باع الخ» جواز بيع المرتهن حال الحلول مع الوكالة ظاهر.

واما بيع الحاكم مع العدم، فكأنّ المراد مع غيبة المالك، وظهور الأمر عنده، وطلب المرتهن ذلك.

ويحتمل مع حضوره أيضاً اذا امتنع من البيع وأداء الدين كما يفعل ذلك في سائر الحقوق، لما روي، عن أميرالمؤمنين عليه السلام رواه عمّار، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان أميرالمؤمنين عليه السلام يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه، ثمّ يأمر فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسّمه (فيقسم خ قسم خ) بينهم -يعني ماله-(١).

ولرواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: الغائب يقضى عنه اذا قامت البيّنة عليه ويباع ماله ويقضى (عنه خ) وهو عنه غائب ويكون

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٦.

ويبطل الرهن بالاقباض والابراء واسقاط حق الرهانة.

ولو شرط ان لم يؤدّ في المدّة كان مبيعاً بعدها، بطل وضمن بعد المدّة لافيها.

الغائب على حجته اذا قدم، ولايدفع المال الى الذي أقام البيّنة الا بكفلاء اذا لم يكن مليّاً(١).

والظاهر ان الذي يفعله هو الإمام عليه السلام أو نائبه الذي هو بمنزلة وكيله ووكيل الغائب، والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك للحاكم، بل يمكن الوجوب كما يفهم من التذكرة وتقدم في فروع الدَّيْن.

ويفهم وجوب الكفيل ـمع عدم الملائةـ من الرواية، وتخصيصها بمال الغائب لملاحظة جانبه، بل ينبغي الكفيل مع الملائة أيضاً وكونه أيضاً مليّاً، وارادة الضامن من الكفيل في الرواية، لانه مع اعسار الغريم ماينفع الكفيل وهو ظاهر.

قوله: «ويبطل الرهن الخ» أي يبطل الرهن ويخرج عن الرهانة باقباض الراهن أو غيره دين المرتهن الذي ـعليه الرهنـ اياه، وبابراء المرتهن الراهن عن دينه، وباسقاطه حقّ الرهانة.

والأوّلان ظاهران، ودليل الثالث انه حق له يقبل الاسقاط كسائر الحقوق فيسقط به فهو بمنزلة فسخ عقد الرهن، بل عينه الجائز له، وهو أيضاً ظاهر.

قوله: «ولو شرط ان لم يؤدّ الخ» أي لو شرطا في عقد الرهن ان لم يؤدّ الدين ـفي مدّة معيّنة كان الرهن مبيعاً بذلك الدينـ بطل الرهن والشرط معاً لانه لاشك في بطلان هذاالشرط عندهم لعدم الصيغة وللتعليق المانع من صحّة البيع.

ولأن الأصل عدم الانتقال، وما وجد هنا السبب، اذ لاسبب هنا الّا البيع ولابيع، اذ ليس الموجود الّا عقد الرهن.

---

(١) الوسائل باب ٢٦ نحو حديث ١ بالسند الثالث من ابواب كيفيّة الحكم ج١٨ ص ٢١٦.

ولو رهن المغصوب عند الغاصب صحّ ولم يزل الضمان.

ولانه لايصحّ كون شيء واحد رهنا على دين شخص ومبيعاً له، وهو ظاهر.

وببطلان الشرط يبطل المشروط، وهو أيضاً ظاهر، اذ ماوقع التراضي الذي هو شرط الصحّة الّا على وجه لايصحّ، فلا يصح.

واما عدم الضمان في المدّة، والضمان بعدها، فهو مبنيّ على ماتقرر عندهم من ان كلّ مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلما كان في المدّة مقبوضاً برهن فاسد وهو ممّا لايضمن بصحيحه فلا يضمن بفاسده، وبعدها لمّا كان مقبوضاً بالبيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه، فيضمن بفاسده.

وهذه القاعدة مشهورة في عباراتهم ولانعرف دليلها، فكأنها مجمع عليها، وليس بواضح مع انه قد يقال هنا: انه كان مقبوضاً عنده بالرهن الفاسد الذي ممّا لايضمن به فبقى عنده على هذا الوجه، نعم لو طلب ولم يعطه ومنعه ـ لانه هو مبيعه أو أخذ بذلك القصد ـ يمكن ذلك فتأمّل.

قوله: «ولو رهن المغصوب الخ» دليل صحّة رهن المال المغصوب عند الغاصب ـ وان كان قبل أخذه منه ـ ظاهر وهو وجود شرائط صحّة الرهن.

واما عدم زوال الضمان، فكأنّه للاستصحاب، وعلى اليد ماأخذت حتى تؤدي(١).

ولامنافاة بين الرهن والضمان، فان المرتهن أمين لايضمن اذا لم يكن غاصباً، ومعه يكون ضامناً.

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص ٢٤٤ رقم ١٦ وص ٣٨٩ رقم ٢٢ وج٢ ص٣٤٥ رقم ١٠ وج٣ ص٣٤٦ رقم٢ وص٢٥١ رقم٣ طبع مطبعة سيّدالشهداء قم.

وفوائد الرهن، للراهن، ولايدخل الحمل في الرهن وان تجدّد على رأي.

ويحتمل زواله كما قيل، لان سبب الضمان هو كونه غاصباً ومتصرّفاً في مال الغير بغير اذنه فاذا رضي بالرهن وكونه عند الغاصب صار يده عليه باذن المالك ورضاه وزال الغصب والتعدي، وهو ظاهر ـ ولهذا، غير مكلّف بالاعطاء ويصحّ عباداته المنافية للأداء في أوّل الوقت ـ وبزوال علّة الضمان يزول، كما هو مقتضى العليّة.

وكون مجرد الأخذ ظلماً، سبباً له دائماً ـ حتى بعد الرضا بكونه عنده ـ غير معلوم.

ودلالة ـ على اليد ماأخذت(١) ـ عليه غير ناصّة بحيث لايقبل التخصيص مع ان سنده أيضاً غير ظاهر.

ولأنه(٢) حينئذ هو بمنزلة الوكيل والودعيّ، ولعله الأصحّ، ولما مرّ مؤيّداً بالأصل فتأمّل.

قوله: «وفوائد الرهن للراهن الخ» وذلك واضح لانه نماء ملك شخص يكون له حتى يتحقق الناقل، وعقد الرهن لايقتضي ذلك، وهو ظاهر.

ويدل عليه الخبر(٣) أيضاً، ويمكن كونه مجمعاً عليه، بل لايقتضي كون ذلك رهناً أيضاً لعدم تحقّق مايقتضي ذلك مع تحقق الأصل المقتضي للعدم.

ومنها الحمل وان تجدّد في وقت كون امّه رهناً، لما مرّ.

وأما عدم دخول الموجود حال الرهن، فهو ظاهر، ولهذا اشار اليه بالطريق

---

(١) تقدم آنفاً ذكر محل هذا الحديث.

(٢) الظاهر كونه عطفاً على قوله قده: لان سبب الضمان وكذا قوله قده: ولما مرّ فالمناسب حينئذ تقديم هذه الجملة على قوله: ولعله الاصح كما لايخفى.

(٣) راجع الوسائل باب ٨ وباب ١٠ من كتاب الرهن.

واذا قضى دين الرهن لم يجز امساكه على الآخر.
ولو رهن غير المملوك باذن مالكه صحّ وضمن قيمته.
ولو بيع بأزيد طالبه المالك بالزيادة.

الأولى لأنه حال وجوده كسائر أموال الراهن فلا يصير رهناً الّا مع التصريح به كما في بيع امّه على المشهور(١).

قوله: «واذا قضى الخ» دليل عدم جواز إمساك الرهن لدين آخر للمرتهن ـ بعد ان قضى دينه الذي كان الرهن عليه ـ ظاهر لانه فكّه ممّا رهن عليه ولم يرهنه على غيره فلا يكون رهناً، ولايجب الارتهان رأساً، لما تقدم من عدم الرهن على المال.

قوله: «ولو رهن غير المملوك الخ» دليل صحّة رهن مال الغير باذنه ظاهر، وهو اذن المالك المتسلّط على ماله بما يجوز، ولاشكّ أنّ ذلك جائز ومجمع عليه، بل يستحبّ لقضاء حاجة المسلم وإدخال السرور وازالة الكرب فيترتب عليه احكام الرهن فيلزم العارية ويضمن الراهن مطلقاً، ويباع عند الحلول، ويؤخذ منه الدين، لانه رهن.

واما الذي يجب على راهنه لمالكه اذا لم يكن باذلاً بلا ضمان، فالظاهر انه اكثر الامرين من قيمته يوم بيعه وما بيع به، لان الزائد على قيمته مال المالك أيضاً لانه من ثمن ملكه، وهو ظاهر.

ويجوز بيعه بأقل بعد الاستيذان، بأنّه يبيعه بما يشتري، وعليه القيمة.

وقول المصنف: (وضمن قيمته) مبنيّ على ان الغالب انه لايباع بأقل من قيمته وعدم وجود ذلك الاذن، بل لايجوز ذلك الّا مع اذن المالك وحينئذٍ، الظاهر

---

(١) واما وجه الاولوية فلانه لولم يدخل الحمل المتجدد في الرهن فلأن لايدخل الحمل الغير المتجدد، بالطريق الاولى.

ولو غرس الراهن اجبر على الإزالة.

ولو رهن مايمتزج بغيره كاللقطة من الخيار صحّ وكان شريكا ان لم يتميّز.

وحق الجناية مقدم، فان إفتكّ المولى في الخطاء بقي رهنا.

أن ليس إلّا مابيع الّا مع ضمان الراهن الزيادة، وبالجملة يرجع كلامه الى انه يضمن اكثر الأمرين المذكورين.

قوله: «ولو غرس الراهن الخ» أي لو غرس الراهن في الارض المرهونة بغير اذن المرتهن اجبر على ازالة غرسه، ودليله واضح.

فلو لم يفعل فالظاهر أنّ له الإزالة من غير ضمان ماينقص بها الّا ان يتعدى من مجرّد الازالة عن المتعارفة.

ويحتمل ان يرفع الى الحاكم، ومع التعذر يزيل بنفسه وهو أحوط خصوصاً ان لم يفت نفع بذلك.

وكذلك لو غرس المرتهن أيضاً.

قوله: «ولو رهن ما يمتزج بغيره كاللقطة من الخيار(١) صحّ وكان شريكاً ان لم يتميّز».

وجه الصحّة كونه مملوكاً صالحاً للبيع والانتقال، وأخذ الدين منه من غير مانع عنه فصحّ رهنه كسائر الاموال، ووجه الشركة وجود موجبها وهو المزج مع عدم التميّز، فيعمل به مايعمل بسائر المشتركات.

قوله: «وحق الجناية الخ» وجه تقدمه على حقّ الرهانة ظاهر، لأنه ليس بأعظم من حقّ الملكيّة ولو كان العبد ملكاً للمرتهن وجنى كانت الجناية مقدّمة على حقه، فلو جنى العبد المرهون جناية لزمها(٢) في رقبته، مثل ان قتل خطأ، فان فكّه

---

(١) فارسي يعني القثاء. (٢) هكذا في النسخ كلها ولعل الصواب لزمته كما لايخفى.

وان سلّمه كان فاضل الأرش رهنا.

ولو استوعب بطل الرهن.

ولو جنى على مولاه عمداً اقتص منه وبقي رهناً، ولو كانت خطأ لم يخرج عن الرهن

المولى ـلأن الأمر اليه حينئذٍ، بان اعطى أرش جنايته ـبقي العبد مرهوناً كما كان.

وان سلمه الى ولي المجني عليه فأخذ هو منه أرش الجناية، فان بقي منه شيء مثل العشر مثلاً كان ذلك رهناً والا بطل الرهن.

وجهه ظاهر لان العين رهن وتعلّق حق آخر بها.

فان استوعبها بطل الرهن وسقط والّا يبق رهنا وكان الفكّ تبرّعاً.

والظاهر حينئذٍ عدم الفرق بين العمد والخطأ، ولابين فكّ المولى وغيره مثل ان يعفو وليّ الجناية، فلو قال:(١) (فان فكّ بقي رهنا) كان اشمل واخصر وأولى لبعده عن توهم الاختصاص بالخطأ.

لعل وجه تخصيص الخطأ انه الى المولى، وذكر المولى لدفع توهم انه يقول: انا فككته، فكأنهم أخذوا وانا اشتريت منهم، فتأمّل.

قوله: «ولو جنى على مولاه الخ» وجه الاقتصاص ـلو جنى دون النفس، على المولى عمداً بموجب ذلك، مثل قطع اليد ـعموم أدلّة القصاص، بل هنا اولى، وعدم بطلان الرهن وبقائه، هو(٢) الاستصحاب مع عدم حصول مايخرجه عنه، فانّ الاقتصاص لايمنع الباقي عن الرهانة، وهو ظاهر.

ولو كانت الجناية على المولى، وكذا على مال المولى خطأ، فلا قصاص لعدم الموجب وهو العمد ولاأرش أيضاً، اذ لايثبت للمولى على ماله مال، وهو مقرّر عندهم ويستحسنه العقل ولم يخرج عن الرهن لعدم الموجب فيبقى كما كان.

---

(١) يعني المصنف رحمه الله.

(٢) يعني وجه عدم بطلان الرهن هو الاستصحاب الخ.

ولو كانت نفساً قتل في العمد.

ولو جنى على من يرثه المولى اقتصّ في العمد وافتكّ في الخطأ.

ويحتمل اسقاط حق الرهانة عما يقابل أرش الجناية أو عدم ثبوته(١) للمولى على ماله، لانه لايفيد، اذ ماله، له.

وهنا قد تحصل الفائدة فكأنه صار مال المرتهن وأيضاً قد يقال: بانه قد يملك فيحصل له الفائدة فكأنّ القاعدة مبنيّة على عدم تملكه، ولكن الظاهر انه يملك كما مرّ.

ويحتمل كونها عامّة وعموم أدلّة ثبوت الأرش يقتضي الثبوت مع امكان مايؤخذ، (يوجد خ) بل يمكن الثبوت في ذمته ويتبع به بعد العتق كما قيل ذلك في أمور تلزمه فتأمّل، الله يعلم.

قوله: «ولو كانت نفساً قتل في العمد» ماتقدّم كان في غير النفس من الطرف وهذا حكم مالو كانت في النفس، فلو قتل مولاه قُتل به يعني يجوز للورثة قتله به، فان قتل بطل الرهن والا يبقى مرهوناً، وهو ظاهر وان كان خطأ فكما تقدم.

وما ذكره لظهوره، ويمكن ادخاله فيما تقدّم.

قوله: «ولو جنى على من يرثه المولى الخ» بأن قتل ابنه مثلاً، فان كان عمداً يجوز له الاقتصاص، فإن اقتصّ بطل الرهن وهو ظاهر، وان عفى يمكن كونه باقياً كما في عفو غير المولى، وان قصد التملك -بمعنى فكّه عن الرهانة- فليس ذلك ببعيد،فكأنّه(٢) صار ملكاً جديداً له كما يصير لغيره.

ولأنه(٣) يجوز له بيعه حينئذٍ على الظاهر كسائر أصحاب الجنايات فيجوز

---

(١) يعني عدم ثبوت الارش للمولى على ماله كما هو احد القولين.

(٢) هذا بمنزلة ذكر الدليل لقوله: فليس ذلك ببعيد.

(٣)عطف على معنى قوله قده: فكأنه صار الخ.

وقيمة الرهن المأخوذة من المتلف، والأرش رهنان.
ولو صار العصير خمراً خرج عن الرهن ولو عاد خلاً عاد.

الفكّ.

ولأن لصاحب الجنايات، القتل والتملك فالتخليص عن الرهن بالطريق الأولى.

ويحتمل العدم، اذ ليس لوليّ الدم الّا القتل والعفو والاسترقاق، فلو لم يعف ولم يقتل بقى رهناً، اذ (و خ) لايمكن الاسترقاق، لانه تحصيل الحاصل فتأمّل.

وان كان خطأ، فله العفو، فان عفى بقي رهنا، وهو ظاهر.

والظاهر أنّ له فكّه عن الرهن كما قاله المصنف في غيره، وهو مؤيّد لما تقدم من جواز الافتكاك اذا جنى خطأ على طرف المولى ونحوه وجواز الفكّ في العمد اذا كان على نفس المولى، ويحتمل العدم كما تقدم فتأمل.

قوله: «وقيمة الرهن المأخوذ الخ» يعني لو اتلفه متلف أو جنى على العبد المرهون أحد لزمه بها أرش، قيمته، والأرش كان رهنا كأصله، لانه عوض الرهن الذي لزم من غير اذن المرتهن في التبديل فيكون رهناً كأصله كما أنّه صار ملكاً للمالك.

وهو أيضاً ظاهر لان مقتضى الرهن انه ان جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض، يكون ذلك هو الرهن، ولأنّ الأرش بمنزلة المتلف منه.

قوله: «ولو صار العصير خمر الخ» سبب جواز رهن العصير ظاهر، وسبب خروجه عن الرهانة بالخمرية عدم كون الخمر ملكاً ولابدّ من كون الرهن ملكاً.

وسبب عودها بعد صيرورته خلاّ عود الملكيّة فيما كان رهنا وزوال المانع عن الرهانة، فيعود ما كان ثابتاً تابعاً للملكيّة وما كان سبب الزوال الّا زوال

ولو زرع المرتهن الحبّ فالزرع للراهن رهن.

الملكيّة فتأمّل فيه.

قوله: «ولو زرع المرتهن الخ» كون الزراعة ملكاً للراهن، لأنّ الزرع للزارع اي صاحب الحبّ، وهو المشهور بين العامّة والخاصّة كما يدل عليه رواية عقبة بن خالد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ا تى أرض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير اذني فزرعك لي وعليّ ماانفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراء أرضه(١).

وفي السند محمد بن عبدالله بن هلال(٢)، وهو مجهول، وعقبة أيضاً غير مصرّح بتوثيقه.

والدلالة أيضاً غير واضحة، لكن لايضرّ، اذ الظاهر عدم الخلاف عندنا، مسنداً اليها(٣) والى ان الزرع نماء مال صاحب الحبّ، فيكون له كما في سائر الاملاك وهو ظاهر.

ولكن في كونه رهناً للمرتهن على ماكان الحبّ رهناً عليه تأمّل لانه قد مرّ ان النماء لايدخل في الرهن.

ولعلّ الوجه أنّ الحبّ الذي كان رهناً هو بعينه كبُر وصار زرعاً فهو كالسمن في الحيوان.

وفيه تأمّل فيحتمل كون مقدار الحبّ من الزرع رهناً ويكون شريكاً كما لو

(١) الوسائل باب ٣٣ حديث ٢ من كتاب الاجارة ج ١٣ ص ٢٨٢.

(٢) السند كما في التهذيب هكذا: محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبدالله بن هلال، عن عقبة بن خالد.

(٣) الظاهر ان المراد ان عدم الخلاف مسند الى امرين (احدهما) هذه الرواية (ثانيهما) قاعدة تبعيّة النماء لصاحب الحب.

والرهانة موروثة دون الوكالة والاستيمان.

والقول قول المرتهن في عدم التفريط، وفي القيمة معه.

وفي ادّعاء تقدّم رجوعه في إذن البيع للراهن، عليه.

امتزج فتأمّل.

قوله: «والرهانة موروثة الخ» وجهه أنه حق ماليّ فيدخل تحت أدلة الميراث، ولانه توثيق مال فهو تابع له وموروث كالمال، ولأنه عوض الدين، وعلى تقديره فيورث مايتعلّق به، وكأنه لاخلاف في ذلك أيضاً.

واما الوكالة في بيعه، التي كانت للمورث فتبطل بموته فلا ينتقل بالارث.

وكذا لو جعله أميناً ووضع الرهن في يده فانه يبطل بموته، ولادليل على ثبوتها للورثة، ولافرق بينهم وبين غيرهم.

ولأنه قد يرضى الانسان بها لشخص دون وارثه، ولعلّه لاخلاف فيه أيضاً مع ظهوره.

قوله: «والقول قول المرتهن الخ» دليل سماع قوله في عدم ا لتفريط وعدم زيادة القيمة، الأصل، وأنّه المنكر، وأنه الغارم فلا يغرم الّا ماقال به أو اثبت عليه.

قوله: «وفي ادعاء تقدم الخ» يعني لو اتفقا على رجوع المرتهن عن الاذن للراهن في بيع الرهن، ولكن قال الراهن: رجعت بعد البيع فالبيع صحيح والرهن باطل وليس الثمن أيضاً رهناً لما تقدم من ان الاذن في البيع يبطل الرهن ولايستلزم رهانة الثمن، وقال المرتهن: لابل رجعت قبله فالبيع باطل والرهن على حاله.

ووجه كون القول قوله استصحاب الرهانة الى ان يعلم المزيل ولم يعلم، وأنّ الأصل عدم البيع قبل الرجوع.

وبالجملة الظاهر ان الراهن مدّعٍ لأنه يريد اثبات بطلان ماهوقابل

وقول الراهن في قدر الدين، وفي ادعاء الايداع لو ادعى الآخر الرهن.

بوجوده وصحته، بدعوى الاذن في البيع المبطل للرهانة فهو يريد اخراج الحقّ عن يده وتسلّطه، والأصل بقائه فيصدق عليه تعريف المدعى، وعلى المرتهن تعريف المنكر.

ويحتمل كون القول قول الراهن لوجود الاذن في البيع والأصل بقاؤه الا ان يتحقق الرجوع وليس.

وأيضاً الأصل صحّة البيع، والمبطل يحتاج الى دليل.

ولعلّ دليل الأوّل ارجح لانّ الرجوع متحقق، والأصل عدم تحقق البيع قبله، والأصل صحة البيع لو لم يكن المانع متحققاً، والرجوع مانع.

وبالجملة المسألة لا تخلو عن اشكال، ولكن رعاية جانب المرتهن أقوى لتحقق حقه واحتمال تضييعه، بخلاف الراهن فانه لابدّ له من دفع الدين فلا يضره الرهن غالباً.

قيل: ولأنّ الراهن يدّعي بيعاً والمرتهن يدّعي رجوعاً، تعارضا، تساقطا والأصل بقاء الرهن.

ونقل فرقاً أيضاً بين تقدّم الدعوى وتأخرها فقال: فلو تقدم الراهن بقوله: تصرفت باذنك فقال المرتهن كنت رجعت فالقول قوله، وبالعكس القول قول المرتهن ثم قال: وهذا هو المفتى به فعنده في الأوّل تأمّل.

وعندي فيهما تأمّل فتأمّل فيه فان للوقف مجالاً وان كان الظاهر ترجيح الرهن لتحققه والشك في زواله بخلاف البيع الصحيح فتأمل.

قوله: «وقول الراهن الخ» وجهه ظاهر، ومفهوم ممّا تقدم، وكذا كون القول قوله في إدّعاء الإيداع لو انكر الآخر وادّعى الرهانة، فإنّ الأصل عدم الرهانة وحصول تسلّط لغير (غيرخ) المالك على ماله، وهو ظاهر.

وفي تعيين القضاء لأحد الدينين، وفي عدم الرد.

ولو قال: رهنتك العبد، فقال: بل الأمة تحالفا وخرجا عن الرهن.

ويدل عليهما(١) روايات مثل صحيحة محمد بن مسلم(٢) فلا يلتفت الى مايخالفها، مع الضعف(٣).

قوله: «وفي تعيين القضاء الخ» وجهه أيضاً ظاهر، لأن الدافع، له ان يقصد، إمّا عن الدين الذي عليه الرهن، أوالذي لارهن عليه، أو الذي عليه الرهن الفلاني دون الآخر.

وبالجملة، الأمر الى قصده، والقصد فعله، والبيّنة عليه متعذرة فيسمع منه كما في سائر الأُمور وان امكن له البيّنة بان يلفظ (تلفظ خ) ويُعْلم ذلك ولكن الأصل عدم وجوب ذلك عليه.

وكذا وجه أنّ القول قول الراهن في عدم ردّ المرتهن الرهن عليه ا ن كان عنده، لان الأصل عدم الرد وبقائه عنده، وهو ظاهر وان كان في الوديعة خلاف ذلك وهو يحتاج الى الدليل وسيجيئ، مع ان الفرق حاصل لأنه أخذ عوضاً عن الدين بخلاف الودعيّ.

قوله: «ولو قال: رهنتك الخ» سبب التحالف وجود شرطه، وهو كون الدعوى لكلّ واحد مع انكار الآخر، فالراهن يدّعي رهانة العبد والمرتهن منكر، فيتوجّه اليمين عليه وبطلت هذه الدعوى والمرتهن يدعي رهانة الأمة والراهن منكر لها فيتوجه عليه اليمين بعدم رهن الأمة وتبطل هذه الدعوى أيضاً، هذا ظاهر المتن.

---

(١) يعني على تقديم قول الراهن في قدر الدين وفي ادعاء الايداع.

(٢) الوسائل باب ١٧ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ٤ من كتاب الرهن.

....

وقد قيل عليه: انما يحلف الراهن فقط فتبطل الدعوى ولايحتاج الى حلف المرتهن بعدم كون العبد رهناً عنده، لان الرهن لمحض مصلحته فاذا ما(١) أراد وانكر يبطل بمجرّد انكاره.

وأيضاً إنّ الرهن من جهته جائز فاذا لم يرد أو (و خ) لم يكن يقول: أسقطت حقي ان كان رهناً أو يبرء من ذلك ونحو ذلك ولايحتاج الى الحلف.

ويمكن ان يعتذر بان الكلام مع عدم الاسقاط، والراهن يعرف كون ذلك رهناً فيريد الخروج من حقه، وقد لايبطل بمجرّد الانكار، اذ حصول عقد ثابت يقيناً غير معلوم البطلان بمجرد انكاره فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف في العبد بما يريد.

وأيضاً قد يكون ممّا اشترط حفظه، ونقصه عليه بوجه من الوجوه ويريد هو الخلاص من ذلك، فيحلف.

وأيضاً قد يكون شرطاً رهناً في بيع لازم فيريد الخروج عن العهدة، فاذا قبل خرج، واذا لم يقبل يطلب منه رهناً، فيحلف لذلك، وغير ذلك من الفوائد وبالجملة ان تصوّر له نفع لو انكر يحلف، والا فلا، والظاهر انه قد يترتب، فتأمّل.

---

(١) نافية بقرينة مايأتي من قوله قده: فاذا لم يرد الخ.

«المقصد الثالث في الحجر»

وفيه مطلبان

(الأول) في أسبابه وأسبابه (هي خ) وهي (اسبابه خ).

(الأوّل) الصغر، ويحجر على الصغير في تصرّفاته أجمع الى ان يبلغ ويرشد.

قوله: «المقصد الثالث الخ» قال في التذكرة: الحجر لغة، المنع فالمحجور هو الممنوع لغة، وقال في الشرايع: شرعاً، هو الممنوع من التصرف في ماله.

ومعلوم ان مراده(١) شرعاً، وان المراد باضافة المال اليه اعم من الملكيّة حقيقة أو ظاهراً (و خ) بحسب كونه في يده مسلطاً عليه فيخرج المغصوب منه.

ويدخل العبد وان قيل: انه لايملك كالمصنف، ولاينبغي جعله مبنيّاً على مذهب المعرّف حيث قال: بانه يملك، لان المنع الذي ذكر فيه اعم من كونه عن ماله أو مافي يده من مال سيّده.

ثم إنّ جعل اقسام الحجر ستة، هو في أكثر الكتب وزاد في التذكرة غيره، مثل حجر الراهن، وحجر المكاتب، وحجر المرتد الذي تقبل توبته حتى يرجع.

---

(١) الظاهر رجوع الضمير في قوله قده (مراده) الى العلاّمة في التذكرة والا فلفظة (شرعا) مذكورة في الشرايع وشرحه فراجع اول كتاب الحجر من المسالك ج١ ص٢٤٦. ثم لايخفى ان في النسخة المطبوعة (شرح الشرايع) وهو غلط.

....

فالمراد هنا الأقسام المشهورة والمبحوث عنها في بابه لاأقسام الممنوع في الجملة.

وأيضاً الظاهر أنّ المراد المنع في الجملة وعن بعض الوجوه، اذ لامنع شرعاً عن الكلّ، اذ ليس اضعف من الصبي والمجنون وهما غير ممنوعين من أكل مالهما عند الحاجة والشرب والسكنىٰ.

والظاهر أنّ العبد كذلك، فلا يرد: ان أراد البعض يشكل بالصبي والمجنون، وان أراد الكل يشكل بالمريض، ولايحتاج الى الجواب بأن المراد هو الأعمّ.

ثمّ اعلم ان الذي فعل هنا من ذكر الفلس في باب الحجر أولى ممّا فعل في التذكرة والشرايع من ذكره قبل الحجر في باب على حده، لانه قد جعل قسماً منه.

فكأنّه لكثرة مباحثه وشدّة ربطه بالدّيْن جعل بعده وقبله، والأمر في ذلك هيّن.

وانما المهمّ أمر الاستدلال فدليل القسم الأوّل ـ وهو الصبي ـ النص، وهو قوله تعالى: وابْتلوا اليتامىٰ الآية(١)، والسنة(٢)، واجماع الامّة على كونه محجوراً في الجملة، واما عن جميع التصرفات فالظاهر أنّه لادليل عليه ولاقائل به.

قال في التذكرة: وهو محجور عليه بالنص والاجماع، سواء كان مميّزاً اولا في جميع التصرفات الا مااستثنى كعباداته، واسلامه، واحرامه، وتدبيره ووصيته، وايصال الهديّة، واذنه في دخول الدار على خلاف في ذلك، فكأنه مراده هنا: (في

---

(١) النساء ـ ٦.

(٢) راجع الوسائل باب ١ وباب ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص١٤١ ـ ١٤٣.

....

تصرفاته) اجمع الّا مااستثني، ويؤيده ان خروج الثلاثة الأول من ذلك ظاهر، بل المتبادر، التصرف الماليّ كما مضى في تعريف الشرايع.

اما غيرها(١)، فيحتمل أن يكون مذهبه هنا كما هو مذهب الاكثر الّا في ايصال الهديّة والاذن.

والظاهر انه لايحتاج الى الاستثناء، فانه محجور عليه الا باذن الولي ولايعتبر في الحجر أن لايصحّ أصلاً، الّا أنهم قالوا: لايحتاج علم المهْدى اليه والداخل بكون ذلك باذن الولي صريحاً.

لعله(٢) اكتفى بالظاهر، للعادة بان الهديّة في محلّها لم يجبها الولد الّا باذن وليّه، وكذا الاذن في الدخول لايكون الّا باذنه للقرينة.

فكأنه اكتفى فيهما(٣) بمثله للظهور، وسهولة الأمر لكثرة التداول والشيوع بين المسلمين من غير نكير فكانه كان في زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع فتقريرهم عليهم السلام هنا ثابت وهو الحجّة (حجة خ).

ولايبعد ذلك وامثاله مثل قبول قوله (مثله خ) من عبده وولده وتسليم ظرفه اليهما، وكذا تسليم ماكان عند الانسان بالعارية ونحوها الى شخص يوصله اليه من غير اذنه، سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرهما كما هو المتعارف، وخصوصاً اذا كان بينهما، الصداقة أو عرف من حاله أنه لايكره، بل يرضى علماً أو ظناً متآخماً.

ويدل عليه عموم ادلة(٤) قبول الهدية من غير تفصيل بان يكون الموصل حراً بالغاً، ومع ذلك، الاحتياط أمر مطلوب.

---

(١) يعني غير الثلاثة الاول (٢) يعني العلامة ره في التذكرة

(٣) يعني ايصال الهدية واذنه في دخول الدار.

(٤) راجع الوسائل باب ٩١ من ابواب مايكتسب به، ج١٢ ص ٢١٧.

....

وأما جواز وصيته في الجملة فالروايات الكثيرة، تدلّ عليه.

مثل صحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: ان الغلام اذا حضره الموت فأوصىٰ ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء (للغرماء خ ل قيه)(١).

ولايضرّ وجود علي بن الحكم(٢)، لما مرّ انه الثقة.

وما رأيت في الوصيّة صحيحة غيرها فقول شرح الشرايع(٣): في جواز الوصيّة رواية صحيحة غيرها محلّ التأمّل، فان كان يريد هذه فينبغي التصريح بالقيد فانه في الوصيّة للرحم لاالأجنبيّ.

ويؤيّده عموم أدلّة الوصيّة فيخصّص بها مايدلّ على عدم جواز تصرف الغلام قبل البلوغ.

ويمكن حمل مايدل على جواز وصيّته عموماً عليها، للجمع بين العام والخاص وان كان في بعضها: نعم اذا وضعها في موضع الصدقة(٤) واذا اصاب موضع الوصيّة جازت(٥).

واما التدبير فيمكن ادخاله في الوصيّة.

واما العتق، فيدلّ عليه ضعيفة زرارة ـ لموسى بن بكر(٦) ـ عن أبي جعفر

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ١ من كتاب الوصيّة ج ١٣ ص ٤٢٨.

(٢) سند الحديث ـ كما في الكافي باب وصيّة الغلام الخ هكذا، عدّة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن علي بن النعمان، عن أبي ايّوب، عن محمد بن مسلم.

(٣) عبارة المسالك هكذا: ذهب الاكثر من المتقدمين والمتأخرين الى جواز وصية من بلغ عشراً مميّزاً في المعروف وبه أخبار كثيرة منها صحيحة عبدالرحمن (الى ان قال): وصحيحة أبي بصير الخ.

(٤) الوسائل: باب ٤٤ حديث ٣ من كتاب الوقوف والصدقات.

(٥) الوسائل باب ٤٤ حديث ٦ من كتاب الوصايا.

(٦) فان سندها كما في الكافي هكذا: عدّة عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد بن عيسى، عن صفوان بن

ويعلم بلوغ الذكر، بالمنيّ.

وإنبات الشعر الخشن على العانة.

وبلوغ خمس عشرة سنة.

عليه السلام.

قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين، فانه يجوز له في ماله ماأعتق أو تصدّق وأوصى على حدّ معروف وحقّ، فهو جائز(١).

ولكن العمل بها مشكل مع عموم المنع بالكتاب والسنة، بل الاجماع، ويؤيده الشهرة.

ويمكن حملها على البلوغ او عتق ذوي الأرحام حملاً على الوصيّة فتأمّل.

قوله: «ويعلم بلوغ الذكر الخ» دليل العلم بالبلوغ بحصول المنى من الموضع المعتاد على وجه العادة، الآيات، مثل واذا ابلغَ الاطفالُ منكُم الحلم(٢) الآية. والّذين لَم يبْلُغوا الحُلمَ منكُم(٣)، وحتّى إذا بلغُوا النكاح الآية(٤).

قال في التذكرة: الاحتلام(٥) هو خروج المنى، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد.

وقال أيضاً: الحُلم هو خروج المني من الذكر أو قُبُلِ المرئة مطلقا، سواء كان بشهوة أو بغير شهوة، وسواء كان بجماع أو غير جماع، وسواء كان في نوم أو يقظة.

يحيى، عن موسى بن بكر، عن زرارة.

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٤ من كتاب الوصيّة ج ١٤ ص ٤٢٩.

(٢) النور ـ ٥٩ (٣) النور ـ ٥٨

(٤) النساء ـ ٦.

(٥) عبارة التذكرة هكذا: الاحتلام وهو خروج المني وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا اجمع ولانعلم فيه خلافا ج٢ ص٧٤.

....

كأنّه يريد بيان المعنى المقصود شرعاً.

واما اللغة فالظاهر أنه مخصوص بالنوم كما يظهر من القاموس(١)، ولهذا.

قال في التذكرة: ولا يختصّ بالاحتلام(٢).

وقال(٣) أيضاً: عبّر عن البلوغ بالنكاح.

والاخبار في ذلك كثيرة، مثل ماروي عن رسول الله صلّى الله عليه وآله: رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم(٤).

وصحيحة البزنطي -في الفقيه- عن الرضا عليه السلام، قال: يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين، ولا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم(٥).

وفيها كون التمرين بسبع (لسبع خ) سنين(٦)، وهو المشهور، والبلوغ بالحلم، وجواز كشف المرأة عند غير البالغ حتى يبلغ، ويمكن جواز النظر حينئذ فتأمل.

قال في التذكرة: وقد اجمع العلماء كافّة على أنّ الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل، ثم نقل قولاً عن الشافعي بعدم كون خروج المنيّ علامة للنساء لكونه نادراً فلا عبرة به.

وهو كما ترى أمر وهميّ معارض بعموم الكتاب والسنّة والاجماع.

---

(١) الحلم بالضم، وبضمّتين، الرؤيا، احلام، حلم في نومه واحتلم وتحلّم وانحلم وتحلّم الحُلم استعمله وحلم به وعنه، رآه رؤيا ورآه في النوم والحُلم بالضم والاحتلام الجماع في النوم والاسم الحلم كعنق (القاموس).

(٢) وتمامه بل هو منوط بمطلق الخروج مع امكانه باستكمال تسع سنين مطلقا (التذكرة) ج٢ ص٧٤.

(٣) ولعل لفظة (قال) زائدة لانا لم نعثر عليها في التذكرة.

(٤) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٠٩ رقم ٤٨، وج ٣ ص ٥٢٨ رقم ٣ والوسائل باب ٤ حديث ١٠ من ابواب مقدمة العبادات.

(٥) الوسائل باب ٧٤ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج١٥ ص١٨٢.

(٦) راجع الوسائل باب ٣ من ابواب اعداد الفرائض ونوافلها ج٣ ص١١.

....

واما الإنبات فقال في التذكرة: هو مختصّ بشعر العانة، الخشن، ولااعتبار بالشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، بل بالخشن الذي يحتاج في ازالته الى الحلق حول ذكر الرجل وفرج المرئة.

فكأنّ دليله الاجماع، قال في التذكرة: نبات هذا الشعر دليل البلوغ في حقّ المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع.

ومستندهم الأخبار من العامّة والخاصّة(١) فلا يضر عدم صحة سندها.

واما السن ففيه، الخلاف بين العلماء، والروايات أيضاً مختلفة.

والمشهور بين علمائنا انه يبلغ الذكر باكمال خمس عشرة سنة، والمؤنث باكمال التسع.

والدليل عليه أنّ الأصل والاستصحاب وما تقدم من الكتاب والسنّة دلّت على عدم البلوغ الا بالحلم والانبات وخرج بعد الاكمال بالاجماع وبقي الباقي تحت تلك الأدلّة.

ويؤيّده بعض الاخبار مثل ضعيفة حمران ـ الممدوح ـ بضعف عبدالعزيز العبدي وعدم توثيق حمزة بن حمران(٢) ـ قال:(٣) سألت ابا جعفر عليه السلام،

---

(١) راجع الوسائل باب ١ حديث ٢ و٥ و٨ من ابواب مقدمة العبادات ج١ ص٣٢ وباب٢ حديث٥ من كتاب الحجر ج١٣ ص١٤٣.

واما أخبار العامّة فراجع مسند أحمد بن حنبل ج ٤ ص ٣٤١ وج٥ ص ٣٧٢ ولفظ الحديث، عن كثير بن السائب قال: حدّثني ابنا قريظة أنهم عرضوا على رسول الله صلّى الله عليه (وآله) وسلّم زمن قريظة فمن كانت نبتت عانته قتل ومن لا، ترك.

(٢) وسند الحديث كما في الكافي باب حدّ الغلام والجارية الخ من كتاب الحدود هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن عبدالعزيز العبدي، عن حمزة بن حمران، وليس فيه، عن حمران ـ كما في الوسائل نقلاً من الكافي، ولعل الاختلاف من اختلاف الناسخين والله العالم.

(٣) يعني حمران لاحمزة بن حمران.

....

قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامّة ويقام عليه ويؤخذ بها؟ فقال: اذا خرج عنه اليتم وادرك، قلت: فلذلك حدّ يعرف به؟ فقال: اذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو اشعر أو أنبت قبله (١) اقيمت عليه الحدود التامّة وأخذ بها وأخذت له، قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامّة وأخذت بها (وتؤخذ بها خ كا ئل) وأخذت لها؟ قال: ان الجارية ليست مثل الغلام إن الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليُتم ودفع اليها مالها وجاز امرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامّة وأخذ لها وبها قال: والغلام لايجوز أمره في الشراء والبيع ولايخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (٢).

وما في رواية يزيد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام، قال: الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليُتم وزوّجت (الى قوله): فيؤخذ الغلام بذلك مابينه وبين خمسة عشرة سنة (٣).

ويزيد مجهول، وهذه أيضاً ضعيفة، مع عدم الدلالة فيها.

وبالجملة مارأيت خبراً صحيحاً صريحاً في الدلالة على خمسة عشر سنة فكيف في اكماله.

نعم يوجد الاخبار الكثيرة في التسع للصبية مع خبر دلّ على عدم جواز الدخول قبله والجواز بعده مع عدم معارض صحيح صريح وليس على اكمال خمس عشرة اجماع، فان البعض على ان الشروع يكفي.

وذهب البعض الى ثلاثة عشر.

---

(١) قبل ذلك ـ ئل ـ كا.

(٢) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من ابواب مقدمات العبادات ج١ ص٣٠.

(٣) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب مقدمات الحدود ج١٨ ص٣١٤.

....

وهو الظاهر من التهذيب والاستبصار، حيث ذكر فيهما رواية عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: اذا أتى عليه ثلاثة عشرة سنة، فاذا احتلم قبل ذلك فقد وجب عليه الصلاة وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة أو حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم(١).

ثم نقل أخباراً دالّة على وجوب الصلاة بسّت وسبع(٢)، وقال:

فالوجه في هذه أن نحملها على ضرب من الاستحباب والندب والتأديب، والأولة على الوجوب لئلاّ يتناقض الاخبار(٣).

والظاهر أنّ غيره أيضاً ذهب الى ثلاثة عشر في الذكور فلا إجماع في عدم الوجوب الآ بالحلم أو الانبات أو خمس عشرة.

وظاهر عموم الكتاب والسنّة أنه يحصل بالحلم وليسا بصريحين في أنه لم يحصل الآ به وأن ذلك في البعض فمعلوم أنه مخصوص بعدم الانبات فمخصوص بعدم السن أيضاً إذا دلّ عليه دليل ومعارَض بعموم أدلّة التكليف فخرج منها ما اتفق على اخراجه أو دلّ عليه دليل وبقي الباقي تحتها، والأصل، والاستصحاب أيضاً يضمحل عند الدليل.

والذي يدلّ على الاقل من خمس عشرة، فهو روايات كثيرة، مثل صحيحة معاوية بن وهب ـ في التهذيب والاستبصار والفقيه ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في كم يؤخذ الصبيّ بالصيام؟ فقال: فيما بين خمس عشرة سنة أو أربع عشرة

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١٢ من ابواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣٢.

(٢) راجع الوسائل باب ٣ من ابواب اعداد الفرائض ج ٣ ص ١١.

(٣) وليس هذا عين عبارة التهذيب وانما هو منقول بالمعنى.

....

سنة، فان هو صام قبل ذلك فدعه، ولقد صام ابني قبل ذلك فتركته(١).

ورواية عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ماوجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شيء الا ان يكون ضعيفاً(٢)ـ وغير ذلك من الاخبار.

والظاهر أنّ هذه صحيحة، اذ ليس فيها من لم يصرّح بتوثيقه الّا الحسن بن علي الوشاء(٣)، والظاهر انه ثقة عندهم، لان الخبر الذي هو فيه سمّي بالصحّة كثيراً الّا أنّي رأيت في التهذيب في آخر كتاب الزكاة حديثاً، الحسن بن عليّ بن زياد وهو الوشاء الخزاز، وهو ابن بنت الياس وكان وقف ثم رجع(٤) فتأمّل.

والظاهر أنه لايشترط اكمال خمس عشرة، بل يحصل بالشروع فيه،واكمال اربع عشرة، وبذلك يمكن الجمع بين الأخبار.

ويحتمل الشروع في الأربع عشرة واكمال ثلاث عشرة لرواية عبدالله بن

---

(١) الوسائل باب ٢٩ حديث ١ من ابواب من يصح منه الصوم ج ٧ ص ١٦٧ وصدره كما في التهذيب باب الصبيان متى يؤمرون الخ، هكذا: في كم يؤخذ الصبي بالصلاة؟ فقال: فيما بين سبع سنين وست سنين، قلت: في كم يؤخذ بالصيام الخ، الوسائل باب٣ حديث١ من ابواب اعداد الفرائض ج٣ ص١١.

(٢) الوسائل باب ٤٤ حديث ١١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٣١ وفيه: ضعيفاً أو سفيهاً.

(٣) وسنده كما في التهذيب باب وصيّة الصبي الخ هكذا: احمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن بنت الياس، عن عبدالله بن سنان.

(٤) والذي في آخر زكاة التهذيب سنده هكذا: ابو العباس احمد بن محمد بن سعيد بن عقدة الحافظ الهمداني، عن أبي جعفر محمد بن المفضل بن ابراهيم الأشعري، قال: حدثنا الحسن بن علي بن زياد، وهو الوشاء الخزاز، وهو ابن بنت الياس وكان وقف ثم رجع فقطع، عن عبدالكريم بن عمرو الخثعمي، عن عبدالله بن أبي يعفور ومعلّى بن خنيس عن أبي الصامت، عن أبي عبدالله عليه السلام الخ وقوله: (ثم قطع) أي جزم بامامة الرضا عليه السلام، كما في هامش التهذيب.

....

سنان، إذ لايمكن تأويله الآ على وجه بعيد، ولاشكّ انه أحوط.

قال في شرح الشرايع انه يعتبر اكمال الخامس عشرة والتاسعة في الانثى فلا يكفي الطعن فيها عملاً بالاستصحاب وفتوى الاصحاب، ولأن الداخل في السنة الأخيرة لايسمّىٰ ابن خمسة عشر، لغة ولاعرفاً.

ولنا رواية أخرى(١)، ان الأحكام تجري على الصبيان في ثلاث عشرة سنة و أربع عشرة سنة وان لم يحتلم وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحّة سندها(٢).

وقد عرفت صحّة سند الخبرين، وكثرة الأخبار، وصراحة الدلالة، فان ايجاب الصوم على أحد واجراء جميع أحكام الشرع فرع البلوغ وهو ظاهر فافهم.

وتعرف أيضاً انه ليس فتوى جميع الأصحاب(٣) وليس بحجّة وأن ليس خامس عشر بواقع في كتاب، ولاسنة معتبرة(٤)، ولاإجماع حتى يكون معناه اكماله.

وأمّا الحيض والحبل فالظاهر أنها دليلان على البلوغ في المرأة بالإجماع.

ويمكن أن يستدلّ عليها بالأخبار(٥) أيضاً فتأمّل.

والظاهر ان السنة هي القمرية لأنها المتعارف في هذا الزمان وهي المتبادرة.

---

(١) اشارة الى رواية عبدالله بن سنان المتقدمة آنفاً.

(٢) الى هنا عبارة شرح الشرايع (وهو المسالك).

(٣) اشارة الى رد قوله ره (وفتوى الاصحاب الخ).

(٤) انما قيده قدس سره بذلك لما تقدّم منه ان رواية حمزة بن حمران عن حمران وان دلّت على خمس عشر الا انها ليست بمعتبرة.

(٥) اما الحيض فراجع الوسائل باب ٤ حديث ١٠ و١٢ من ابواب مقدمات العبادات ج١ ص٣٢ واما الحبل فلم نعثر الى الآن على خبره نعم قد ذكر الاصحاب انه علامة سبق البلوغ.

والانثى بالأولين، وبلوغ (وببلوغ خ) تسع.

والحمل والحيض دليلان.

والخنثى المشكل بخمس عشرة أو المني من الفرجين أو من فرج الذكر مع الحيض من فرج الأنثى.

والظاهر أن الخنثى مثل الذكر لما فهم ممّا مرّ وعدم النص.

قوله: «والانثى بالأولين الخ» دليل بلوغها بحصول المنيّ وإنبات الشعر الخشن على العانة، كأنّه الإجماع، وقد مرّ مايدلّ على الأول في الآيات(١) والأخبار(٢)، ويمكن فهم الثاني من الأخبار المتقدمة في الجملة.

وأمّا السنّ فالأخبار عليه كثيرة، في النكاح حيث جوز الدخول بعد التسع (٣) دون قبله، وهو مشعر بالبلوغ بعده لثبوت تحريم الدخول قبله عندهم ـ كانه ـ بالإجماع.

ويفهم من التذكرة كون البلوغ بتسع إجماعياً عندنا فتأمّل، وكذا في الحدود، وفي الاخبار المتقدمة أيضاً دلالة عليه فافهم.

وأمّا تحقّقه بالحيض والحمل فالظاهر أنه اجماعيّ ولا ثمرة كثيرة في البحث أنّهما دليلان عليه أو يحصل بهما البلوغ.

قوله: «والخنثى المشكل الخ» لما كان حاله مشكلاً غير معلوم كونه مذكّراً أو مؤنثاً فلم يمكن الحكم ببلوغها بعلامات أحدهما وهو ظاهر مع أصل عدم البلوغ وعدم التكليف.

---

(١) تقدم بيان مواضعها وهي سورة النور ـ ٥٨ ـ ٥٩، وسورة النساء ـ ٦ـ.

(٢) تقدم آنفاً ذكر مواضعها فلاحظ.

(٣) راجع الوسائل باب ٤ حديث ٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ ٥ من ابواب مقدمة العبادات ج١ ص٣٠ وباب٢ حديث ٢ ـ ٣ من كتاب الحجر ج١٣ ص١٤٢ واكثر احاديث باب ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح ج١٤ ص٧٠.

ويعلم الرشد باصلاح ماله بحيث يتحفظ من الانخداع والتغابن في المعاملات.

فاذا حصل ماهو علامة فيهما حكم بالبلوغ مثل انبات الشعر الخشن على العانة ومثل بلوغ خمس عشرة والمنيّ من الفرجين أو من فرج الذكر مع الحيض من فرج المرأة وهو ظاهر.

وقد يقال: يعلم بحصول المنيّ من فرج الذكر مع بلوغ التسع، فانه ان كانت انثى فبالسن، وان كان الذكر فبحصول المنيّ مع الامكان.

ويمكن القول بالبلوغ بحصول المنيّ من فرج الذكر أو من فرج المرأة فقط، وكذا الحيض منه فان الظاهر أنّ المني من الذكر لايكون الّا مع كونه ذكراً، والحيض من فرج المرأة لايكون الّا مع كونها انثى، وكذا المني منها، بل بكونه امرأة بالغة كالعكس في الأوّل.

ولكن غير معلوم كون ذلك قولاً لعلمائنا الّا أنّه نقله في التذكرة عن بعض العامّة واستدل عليه بأدلّة كثيرة، منها ان البول -بل سبْقه وتأخيره من احد الفرجين- علامة معتبرة، فالحيض والمني بالطريق الاولى، ثم قال: وهذا لا بأس به عندي

وفيه تأمّل، اذ مع تحقق هذا العجب، لايبعد خروج الحيض من الذكر، ولاخروج المني من ذكر المرأة.

ولعلّ للبول دليلاً خاصاً من نصّ وإجماع فالخروج عن الأصل وقول الاكثر بمثله مشكل، نعم لاشكّ انه أحوط في الجملة.

قوله: « ويعلم الرشد الخ» لاشكّ ان الرشد معتبر في رفع الحجر ودفع المال الى البالغ الذي هو صاحبه ومالكه، بالإجماع والنص مثل قوله تعالى: فانْ آنسْتم منْهم رشداً فادْفعُوا اليْهِم امْوالَهم(١).

---

(١) النساء - ٦

....

وأمّا حقيقة الرشد فالظاهر والمتبادر منه ـ الذي ذكره الاصحاب ـ انه اصلاح المال وعدم صرفه في وجه غير لائق بحاله في نظر العقلاء، ويناسبه معناه اللغوي وهو الاهتداء قاله في القاموس(١).

وقال في الخلاف: الرشد الهداية، كأنّ المراد في هذا المقام الهداية الى اصلاح حاله وماله بقرينة الآية.

وبالجملة لاخلاف ولا كلام في اعتبار اصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكة يقدر بها على حفظه وصرفه في الأغراض الصحيحة لاغير، لابمعنى أنه قد فعل مرّة اتفاقاً، بل يكون ذلك في عقله ومعرفته للأمور.

فتضييع المال ـ بالقائه في البحر مثلاً والغبن الفاحش في المعاملات وصرفه في المحرّمات بتبذير واسراف ـ منافٍ للرشد ومانع عن التصرف وموجب للحجر بإجماع الأمّة على مافهمناه من التذكرة.

وانما الكلام والخلاف في اعتبار العدالة معه.

والظاهر أنه لايعتبر فيه تكرّر الفعل للملكة ولااشتغاله بعمل يحصل به المال، فالذي يترك صنعة أبيه ليس بسفيه، ولاالقدرة(٢) على حفظ الموجود وتحصيل المعدوم من المال، كما اعتبره في شرح الشرايع كما سيجيء.

وأيضاً إن تروك المروّة ليست داخلة في هذه العدالة عند من يشترطها في الرشد.

قال في التذكرة: ومن لايتحفظ من الأشياء المفضية الى قلّة المروّة كالأكل في السوق، وكشف الرأس بين الناس، ومدّ الرجل عندهم واشباه ذلك

---

(١) رشد كنصر وفرح رشْداً ورَشَداً ورَشاداً اهتدى (القاموس)

(٢) عطف على قوله قده تكرر الفعل.

....

لايقبل شهادته ويدفع اليهم أموالهم اجماعاً.

فنقل عن الشيخ ره(١) ذلك، وعن الشافعي أيضاً بمعنى أنه لايدفع اليه المال ولايزول عنه الحجر الموجود فيه ابتداءً إلّا مع وجودها أيضاً، فبدونها لايدفع اليه شيء، بل لايعامل، ويكون حكمه حكم الصبيّ الغير البالغ، والمضيّع لماله وان كان حفظه للمال وصرفه في الأغراض الصحيحة معلوماً.

والأكثر على العدم، ودليلهم أصل عدم المنع وجواز تصرف الملاّك في املاكهم وعدم جواز منعهم عنه.

ويدل عليه العقل والنقل كتاباً(٢) وسنّة(٣) وإجماعاً ويخرج منه غير البالغ وغير الرشيد بالمعنى المتفق بالاجماع والنص وبقي الباقي.

ولأنه علق في الآية زوال الحجر برشدٍ مّا، للتنكير، ويصدق على مصلح ماله أنّ له رشداً مّا وهو ظاهر.

ولأنه نقل عن ابن عباس وغيره في تفسير آية الرشد أنه اصلاح المال(٤).

ولأنه ضرر في الجملة.

ولأن غالب الناس على غير العدالة فيلزم الحرج في الجملة.

---

(١) وفي التذكرة: واما الرشد فقال الشيخ ره: هو ان يكون مصلحاً لماله عدلاً في دينه، فاذا كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه أو كان عدلاً في دينه غير مصلح لماله، فانه لايدفع اليه وبه قال الشافعي والحسن البصري وابن المنذر (انتهى موضع الحاجة).

(٢) قال عزّ من قائل: «وَلَا تُؤتوا السفهاء اموالكم التي جعَلَ الله لكُم قياماً» النساء-٥ وقال عزّوجل: «وابتَلوا اليَتامىٰ حتّى إذا بَلَغوا النكاحَ فإن آنَسْتُم منْهُم رشْداً فادْفَعوا اليهم أموالهُم» النساء-٦.

(٣) راجع الوسائل باب ١٤ حديث ٢-٣-٤ من ابواب عقد البيع ج ١٢ ص ٢٦٨ وباب١ حديث٢-٣-٤ من كتاب الحجر وباب٢ حديث٤ و٥ منه ج١٣ ص١٤١ - ١٤٣.

(٤) فانه - عند تفسير هذه الآية قال: فان رأيتم منهم رشداً صلاحاً في الدين وحفظاً (تنوير المقباس عن ابن عباس) ص٥٢.

....

وأنّه مانقل في الروايات وفعل العلماء وأقوالهم ـ مع وجود أحكام الاوصياء والأيتام وفيها كثيراً ـ منع أحد عن أخذ ماله ومعاملته ومناكحته زوجاً وزوجة لعدم عدالته.

ولأنّ القائل ماشرط في زوال الحجر بقاء العدالة فيجوز معاملة الصبي الذي بلغ ورشد وعدل بعد أن صار فاسقاً على مانقل عنه في التذكرة وادعى عليه الإجماع.

قال: وكذا إذا طرء الفسق الذي لايتضمن تضييع المال ولاتبذيره، فانه لايحجر عليه إجماعاً كما ادعى قبله، الإجماع على ان السفه ـ بالفسق الذي يتضمن تضييع المال بتبذير واسراف ـ موجب للحجر.

الا انه نقل بعد ذلك بورقتين قولين للشافعي، وانه قال الشيخ: الاحوط المنع وذكر الادلة التي ذكرت في اصل الحكم فالظاهر، يكون الاجماع عندنا(١).

ولافرق(٢) بين الابتداء والاستدامة عقلاً بل ولاشرعاً.

ولانه لاشكّ أنّ عدم الرشد مانع، وان وجوده كافٍ في الزوال وموجب له بالنص والإجماع فما اعتبرت العدالة، الا لكونها داخلة في مفهوم الرشد كما يرشد اليه استدلال القائل باعتبارها، فلو اعتبرت ابتداءً لزم اعتبارها استدامة، وهو ظاهر.

ويؤيّده(٣) أنّ الرشد بمعنى إصلاح المال شرط مطلقاً ابتداءً واستدامة ولايقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء لما مرّ.

ولأنه لو اعتبرت يلزم عدم جواز معاملة الفاسق، مع أنّهم مجمعون على

(١) يعني لاإجماع المسلمين بل عند نافقط بقرينةقوله: أحوط.

(٢) هذا تتميم الاستدلال بقوله قده: ولان القائل بالشرط في زوال الحجر الخ فلا تغفل.

(٣) يعني يؤيّد هذا الاستدلال الأخير.

....

جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنماً والعنب لمن يعمل خمراً مع الكراهة ولاشك انه فاسق.

بل يلزم عدمه مطلقا الا مع العلم بعدالته بالمعاشرة أو غيرها من طرق معرفتها اذا لم يكن مجرد الاسلام -مع عدم ظهور الفسق- كافياً في العدالة، فالظاهر ذلك لانها ملكة تحدث بعد الاسلام بفعل الطاعات وترك المعاصي فلا يكون بمجرد الاسلام كما يقول البعض لان الاصل في المسلم، العدالة وهو ظاهر الفساد، إذ الأصل عدمها، لمّا مرّ من اعتبار الملكة وفعل الطاعات.

ولايمكن دعوى ظهورها أيضاً في المسلم، لما مرّ، ولما ترى من احوال المسلمين ولان الآية الكريمة والاخبار الشريفة وإجماع الأمة دلت على وجوب الاختبار لحصول الرشد فلا يكتفى بالأصل، والظاهر.

وكذا العدالة ان سلّم أنها الأصل والظاهر، في المسلم، لأنّ القول بذلك موجب لترك المعاملة والمناكحة وتعطيل المعيشة ومخالف لعمل الأمة، بل الكتاب والسنة في الجملة حيث أمر فيهما بالمعاملة والمناكحة مطلقا، بل في الأخبار مايدلّ على جواز معاملة الفسّاق فكيف مجهول الحال، وهو ظاهر وقد مرّ ويبعد من الشرع منع الانسان عن ماله والنكاح بمجرّد فسقٍ مّا..

ودليل الشيخ والشافعي قوله تعالى: «وَلا تؤتوا السُّفهاء أموالكُم التي جَعَلَ الله لكُم قياماً»(١).

والمراد(٢) بـ(أموالكم) أموال اليتامى التي في أيدي الأوصياء والأولياء والإضافة اليهم لأدنى ملابسة، وهو يظهر من الآية فمنع بالآية دفع المال اليهم حتى

---

(١) النساء - ٥.

(٢) تتميم لاستدلال الشيخ والشافعي فلا تغفل وكذا قوله قده: ولان السفيه الخ وقوله: ولانه قد ورد الخ.

يـزول السفه، والفاسق سفيه وايّ سفيه اسفه ممن يكون ظالماً وفاعلاً لما يوجب غضب الله ورسوله ويدخِلُ نفسه النار وعقاب الله تعالى.

ولأنّ السفيه قد عبّر بالغيّ في قوله تعالى: «لاإكراه في الدين قَدْ تَبيّنَ الرشد من الغيّ»(١) وهو ضد الرشد.

ولأنه قد ورد في بعض الاخبار أنّ شارب الخمر سفيه(٢) ولاقائل بالفرق.

لعلك(٣) عرفت الجواب عنه بالنقض والمعارضة، بل المنع أيضاً، إذ قد يمنع كون الفاسق غير رشيد وقد مرّ السند.

وقوله: (أيّ سفيه الخ) فبالنسبة الى العاقبة فسلّم، وأمّا بالنسبة إلى أُمور الدنيا فلا، ويجوز كون الآية لأمر الدنيا وحفظ المال كما هو المتبادر.

على أنّه قد يمنع الغضب ودخول النار، لتقرّره بنفسه التوبة والعفو والاتكال الى كرمه.

والرواية على تقدير الصحّة محمولة على امور الآخرة والمبالغة في المنع كالرواية(٤) في منع مناكحة شارب الخمر بالاتفاق فإنّهم جوزوا ذلك وقالوا

---

(١) البقرة - ٢٥٦.

(٢) في خبر حماد بن بشير عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) وقال أبوعبدالله عليه السلام: انّي اردت ان استبضع بضاعة الى اليمن فأتيت ابا جعفر عليه السلام فقلت له: اني اريد ان استبضع فلاناً فقال: اما علمت أنه يشرب الخمر (الى أن قال) فقال عليه السلام: أي بُنيّ مه ليس لك على الله ان يأجرك ولايخلف عليك، قال: قلت: ولم؟ قال: لأن الله عزّوجلّ يقول: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً فهل تعرف سفيهاً أسفه من شارب الخمر؟ الحديث - الوسائل ج١٧ ص٢٤٨ حديث٥ من باب٥ من ابواب الاشربة المحرّمة.

(٣) جواب عن استدلالات الشيخ والشافعي في اعتبار العدالة فانه قد تقدم: بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنماً والعنب لمن يعمل خمرا.

(٤) راجع الوسائل باب٥ من ابواب الاشربة المحرمة ج١٧ ص٢٤٧.

ويقبل فيه شهادة عدلين، وشهادة أربع نساء في الأنثى.

بكراهته فتأمّل.

قوله: «ويقبل فيه الخ» أي يثبت الرشد بشهادة العدلين بذلك عند الحاكم فيحكم به فيجري أحكامه عليه.

وأما إذا شهدا لا عنده أو لم يحكم به فظاهر اشتراطهم انضمام الحكم الى الشهادة ـ في الأُمور الا ما استثنى وليس الرشد منه ـ يقتضي عدم الثبوت وعدم ترتب الاحكام عليه.

ودليل الاشتراط غير ظاهر وسيجيئ في محله بيانه، فيمكن الثبوت مع تعذره دفعاً للحرج.

والاحتياط يقتضي الاختبار مع الامكان وعدم لزوم تأخير تسليم المال الى صاحبه بزمان كثير يضرّ به، بل مع عدمه أيضاً خصوصاً اذا طلبه المالك ويضرّ بالتأخير إذا أفاد ظنّاً متاخماً(١) للعلم لمن يريد تسليم ماله اليه ومعاملته للحرج في الجملة.

ولثبوت عمل الائمّة في المعاملات مع عدم ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقّق كونه غير رشيد يقيناً وما ذلك إلّا للحكم بظاهر الحال وشهادة العدلين ليس بأقل من ذلك.

ولصدق الرشد الذي هو شرط في الآية(٢) والأخبار(٣) الدالة على التسليم مع ثبوت كونه رشيداً عند المتصرف من غير قيد حكم الحاكم فتأمّل.

ولهذا قالوا: إنّ فكّ حجر الصبيّ، ليس بموقوف ـ بعد البلوغ والرشد ـ

---

(١) وداره تتاخم داري اي تحاذيها (مجمع البحرين).

(٢) اشارة الى قوله تعالى: «فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم» النساء ـ ٦.

(٣) راجع الوسائل: باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات ج ١ ص ٣١ وباب ١ و ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١ ـ ١٤٣.

وصرف المال في صنوف الخير، ليس بتبذير مع بلوغه (في الخير خ).

الى(١) حكم الحاكم فتأمّل.

فان الظاهر أنّ الضابط حصول العلم، بل الظن المتاخم له إما بالاختبار على أيّ وجه كان بحيث يظن انه يضبط المال ويحفظه ولم يصرفه في غير الاغراض الصحيحة بالنسبة اليه في نظر العقلاء، أو حكم الحاكم، أو شهادة عدلين، سواء كانا عدلين على الرجل أو المرأة، أو اربع نسوة أو امرأتان وعدل عليها لصدق الآية والاخبار.

ولعلّ دليل سماع العدلين في الرشد، بل في البلوغ بالسن والانبات دون حصول المنيّ مع امكان سماع قوله حينئذٍ ـ على ماذكر عن العامة ـ لعدم امكان إثباته بالشهود لعدم اطّلاع غيره به الّا نادراً كخروج العدّة بالحيض من النساء وللزوم الحرج في الجملة لو لم تسمع بخلاف السن والانبات، فانه يمكن اطلاع الغير عليه ويبعد إطّلاع نفسه عليه والرجل في المرأة.

هو الإجماع(٢)، وعموم كونها حجّة شرعيّة إلّا في بعض نادر مثل الزنا لدليل مخصوص على الزيادة هنا.

وأما سماع أربع نساء هنا أو رجل وامرأتين في المرأة، فكأنّه لذلك(٣)، ولعدم اطّلاع غيرهنّ غالباً، فلو شرط الذكور يلزم الحرج، فتأمّل.

قوله: «وصرف المال الخ» كون صرف المال في التقرّبات وأصناف الخيرات ليس بتبذير أو اسرافاً منافياً للرشد، هو الظاهر من الكتاب والسنة، إذ الترغيب والتحريض على الانفاق فيها كثير جداً، ولايمكن حصره.

---

(١) هكذا في النسخ كلها مطبوعة ومخطوطة.

(٢) خبر لقوله قده: دليل سماع العدلين.

(٣) يعني للإجماع.

....

وكذا الايثار، ويكفي في ذلك ايثار أميرالمؤمنين عليه السلام: المسكين واليتيم والأسير، على نفسه وولده وزوجته وأمته مع كونهم صائمين وشدة حاجتهم وإمكان رفع حاجتهم بأقلّ ممّا أعطاهم.

فانه نقل في التفاسير انه عليه السلام استقرض من يهودي ثلاثة أصوع من شعير وطحنت فاطمة عليها السلام كلّ ليلة صاعاً واختبزت خمسة أقراص بعددهم فاعطاهم ايّاها وتركهم بلا عشاء وماذا قوا كلّهم الّا الماء في هذه الثلاثة الليالي، وفي النهار كانوا صوّاماً فنزلت فيهم سورة هل أتى بمدح عظيم لم ينله، الّا هم وبهم(١).

قال في مجمع البيان: وليس ذلك مخصوصاً بهم، بل كلّ مؤمن يفعل ذلك، ينال ذلك(٢).

وفي فعله صلوات الله عليه وآله على مانقل ونزول هل أتى أحكام ذكرنا في مجمع برهان القرآن وذكرت فيه بعض الآيات الآخر مثل: «لَنْ تَنالُوا البِرّ حتّى تُنفِقُوا»(٣)، «وآتَى المالَ على حُبّه»(٤).

واشرت الى بعض الأخبار أيضاً، مثل ماروي صحيحاً في وصيّة رسول الله صلّى الله عليه وآله لأميرالمؤمنين عليه السلام: ياعلي أوصيك في نفسك بخصال فاحفظها ثم قال: اللهمّ فاعنه (وذكر منها) بذلك مالك ودمك دون دينك ثم قال عليه السلام: أما الصدقة فجهدك حتى تقول اسرفت ولم تسرف(٥).

(١) تفسير البرهان ج ٤ ص ٤١٤ طبع السالك حديث ٩ لكن ليس فيه انها عليها السلام طحنته كل ليلة صاعاً، نعم هومستفاد من مجمع البيان للطبرسي ره.

(٢) عبارة المجمع هكذا: وهي جارية في كل مؤمن فعل ذلك لله عزّوجلّ.فلا حظ المجمع ج٥ ص ٤١٥ طبع مطبعة صيدا (سوريا).

(٣) آل عمران - ٩٢.

(٤) البقرة - ١٧٧.

(٥) الوسائل باب٦ حديث١ من ابواب الصدقة ج٦ ص٢٦٣.

....

ولاسرف في الخيرات مشهور، والآيات والأخبار الدالة على الانفاق والترغيب والترهيب على تركه، لايعدّ ولايحصى كثرة(١).

وذكرت حمل قوله تعالى: «ولَا تَبسُطْها كلَّ البَسْط»(٢) الخ فارجع اليه(٣)، هذا.

ولكن قال العلاّمة في التذكرة: وصرف الأموال في وجوه الخير كالصدقات، وفكّ الرقاب، وبناء المساجد والمدارس، واشباه ذلك، ممّن لايليق به ـ كالتاجر وشبهه ـ تبذير وبه قال بعض الشافعية لانه اتلاف للمال قال الله تعالى: «وَلَا تبْسُطها كلّ البَسط» الخ.

وهي صريحة في النهي عن ذلك، ودليله ليس بتامّ، على انه لو كان الدليل تامّاً لدلّ على كون مثل ذلك اسرافاً بالنسبة الى كلّ أحد فيمكن كونه خاصاً به عليه السلام في ذلك الوقت ونحوه، والا يلزم المنع من الايثار الذي دلّت على ذلك الاخبار والآيات كما تقدم، ومثل قوله تعالى: «ويؤثرون على أنفسهِم ولَو كان بِهِم خَصاصَة»(٤)، أي حاجة في وصفهم، وهو أعرف قدّس الله سرّه.

وأيضاً لو لم يظهر لقوله: (مع بلوغه) هنا فائدة إلّا ان يكون اشارة الى كثرة المال بحيث يبقى مايحتاج اليه فمعناه صرف المال في الخيرات ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك فاضلاً عمّا يحتاج اليه أو المراد كونه لايقاً بحاله فيصير مثل مااختاره في التذكره مع إجمال.

---

(١) راجع الوسائل باب ١ و٥ و٦ و٧ و٨ و٩ و١٠ و١٢ و١٣ و١٤ و١٥ و١٦ و١٨ و١٩ و٢٠ و٤٠ و٤١ و٤٨ و٥١ و٥٢ من ابواب الصدقة ج٦.

(٢) الاسراء ـ ٣٩.

(٣) يعني ارجع الى كتاب مجمع برهان القرآن.

(٤) الحشر ـ ٩.

وصرفه في الاغذية النفيسة غير الملائمة لحاله (بحاله خ) تبذير.
ولو طعن (١)في السن غير رشيد لم يزل الحجر.

واما ماذكره في شرح الشهيد(٢) فغير واضح ومخالف لمذهب المصنف(٣) في الجملة من الأُمور الضروريّة، مثل أداء الديون مع الطلب ودفع حاجة النفس والزكاة والخمس أو بلوغ الصرف الى الخير واصابته يعنى لايكون القصد الاّ لله فيكفي تأكيداً لقصد القربة فقط ونفي الرياءوالسمعة، والمن والاذى وسائرالمضيّعات التي قليلاً مّا ينفكّ عنه العبادة.

ويؤيّده وجود لفظة (في الخير) في بعض النسخ أو يكون المراد بلوغ الرشيد الصارف يعنى ليس بسرف بشرط بلوغه.

ويؤيّده عدم الخير في الخبر في نسخة ويكون اشارة الى ردّ من يقول بعدم ذلك فتأمّل.

قوله: «وصرفه في الاغذية الخ» كأنه لصدق الاسراف(٤)والتبذير(٥) المنهي عنه ولعله لاخلاف فيه حينئذٍ.

قوله: «ولو طعن في السن الخ» ووجهه ظاهر، وهو ظاهر الكتاب من

(١) طعن في السن، شاخ (المنجد).

(٢) وهو الشهيد الثاني في شرح الشرايع (المسالك) فراجع المسالك ج١ ص٢٤٨ عندقوله: المصنف (اما السفيه الخ).

(٣) يعني به المحقق صاحب الشرايع.

(٤) قال الله تعالى: «وآتُوا حقّه يوم حصاده ولا تسرفُوا» الانعام- ١٤١ وقال عزّوجلّ: «وكلُوا واشربُوا ولا تُسرفُوا» الاعراف- ٣١ وقال عز من قائل: «والذين اذا انْفقُوا لم يُسرفوا ولم يقتروا» الفرقان- ٦٧ وقال جلّ وعلا: «ولا تأكُلوا اسرافاً وبدارا ان يكبرُوا» النساء- ٦ وقال جلّ وعزّ: «إنّ الله لايهدي من هو مسرف كذاب» غافر- ٢٨ وغيرها من الآيات.

(٥) قال الله عزّوجلّ: «وآتِ ذاالقربىٰ حقّه والمسكين وابن السبيل ولا تبذّر تبذيراً» الاسراء- ٢٦ وقال جلّ وعزّ: «إنّ المبذرين كانُوا إخوان الشياطين» الاسراء- ٢٧.

....

تعليق الاعطاء على ايناس الرشد(١)، فما لم يؤنس لم يعط وكان السن ماكان.

ويدلّ عليه الاستصحاب، فانه دلّ على عدم الاعطاء حتى يزول وما زال بدليل أصلاً فبق.

ويدلّ عليه الأخبار(٢) أيضاً ولايحتاج الى ذكره الاّ انهم رحمهم الله يذكرون ذلك اشارة الى ردّ ابي حنيفة، فانه قال في الخلاف: عند أبي حنيفة: ينتظرون الى خمس وعشرين لأنّ مدّة بلوغ الذكر عنده بالسن ثماني عشر سنة فاذا زادت سبع سنين ـوهي معتبرة في تغيّر أحوال الانسان لقوله عليه السلام: مروهم بالصلاة لسبع ـ دفع اليه ماله، اونس منه رشد أو لم يونس، وعند أصحابنا لايدفع اليه ابداً الاّ بايناس الرشد.

وضعف مااختاره أبو حنيفة ودليله واضح، وكونه مخالفاً للعقل والنقل أوضح.

اما من جهة العقل فانه يقتضي عدم زوال الحجر الاّ مع زوال موجبه، وهو عدم البلوغ وعدم الرشد، ولادخل للسن في ذلك فانّ الغرض حفظ المال وذلك لم يمكن الاّ معهما.

وامّا من جهة النقل فان الآية(٣) والاخبار دلّتا على اشتراط ايناس الرشد فكيف يعطى بدونه.

على ان دليله يقتضي الاعطاء ـبل البلوغ ـ في رابع عشر.

وان الغرض عدم ايناس الرشد فكيف يقول بتغيّر الحال وان سلّم مطلق

---

(١) اشارة الى قوله تعالى: «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» النساء ـ ٦.

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات.

(٣) هي قوله تعالى: «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلّغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» النساء ـ ٦.

....

التغيّر فلا يستلزم الا عطاء وهو ظاهر.

وان الخبر لادلالة له على ماقاله أصلاً فكأنّه لذلك اختار اصحابه خلاف ما اختاره.

ثمّ إنّه لافرق بين الذكر والأنثىٰ في هذا الحكم عند علمائنا أجمع قاله في التذكرة وادّعى فيها أيضاً الإجماع على استقلال المرأة في التصرف في مالها بعد البلوغ وهو ظاهر العقل.

ولكن ورد في بعض الأخبار الصحيح(١) عدم جواز عتقها واعطائها من مالها من غير اذن زوجها.

فكأنّها محمولة على تأكّد استحباب الاستيذان أو على اطلاق (مالها) على (ماله) تجوّزاً أو تقتضيه الادلّة أيضاً.

واعلم انه لابدّ من الاختبار لثبوت الرشد بما يناسب حال الصبيّ كما دلّ عليه قوله تعالى: «وابتلوا» فانه الامتحان والاختبار، والإجماع والأخبار(٢) أيضاً يدلان عليه.

قيل في كيفيّته، أن ينظر فيما يلائمه من التصرفات والاعمال، فان كان من أولاد التجار فوّض اليه البيع والشراء لابمعنى ان يبيع ويشتري، بل يماكس في الاموال على هذا الوجه أو يدفع اليه المتاع ليبيعه ويراعي الى ان يتم المساومة ثم يتولّاه الولي ونحو ذلك، فاذا تكرّر منه ذلك وسلم من الغبن والتضييع واتلاف شيء من المال وصرفه في غير وجهه، فهو رشيد.

وان كان من أولاد الاكابر الذين يصانون عن مباشرة البيع فاختباره ممّا

---

(١) راجع الوسائل باب ١٥ حديث ١ من كتاب التدرج ١٦ ص ١٩٨.

(٢) راجع الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣١ وباب ١ و٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١.

....

يناسب حال أهله بأن يسلّم اليه نفقته لمدّة معيّنة لينفقها في مصالحه أو في مواضعه بان يستوفي الحساب على معاملته ونحو ذلك .

وان كان انثى لم تختبر بهذه الأُمور، لأنّ وضعها لم يكن لذلك ، وانّما تختبر بما يلائم عادة أمثالها من الاعمال كالغزل والخياطة.

وأيضاً قيل: لمّا كان الرشد ملكة فلا يتحقّق الا بتكرّر الفعل.

والظاهر الذي نفهمه ان الضابط هو حصول العلم أو الظن المتاخم له بانه ضابط لماله ولايصرفه الّا في الاغراض الصحيحة عند العقلاء بالنسبة الى حاله بايّ شيء كان ولايعيّن لذلك امر وشيء فلا يتعيّن في اولاد التجار، البيع، ولافي غيرهم عدمه، بل اذا علم أو ظن ظنّاً متاخماً للعلم من ايّ شيء كان يحصل الرشد.

وانه لايحتاج الى ايقاع البيع، لامن الوليّ ولامن غيره.

وانه قد لايعرف ذلك أولاد التجار ويعرفه غيرهم لعدم علمهم وان كان اولاد الاكابر قد يعرفون البيع ولايعرفون غيره، بل ينبغي كونهم بحيث لو كان المال بيدهم لايضيّعونه ولايصرفونه في غير الاغراض الصحيحة وأنّهم ان ارادوا البيع ونحوه لايفعلونه من غير تحقيق، بل يصبرون الى ان يحقّقوه ثم يفعلوه حتى لايتغابنوا فيه وذلك كافٍ.

ولايحتاج الى العلم السابق والمعرفة السابقة، ولاكونه صنعة ابيه ولاحصول الملكة بتكرار الفعل، بل لابدّ من حصول العلم بتلك الملكة الآن بهذه الافعال.

وان صرف مال أولاد الأكابر في مصالحهم مشكل قبل حصول العلم بالرشد والاختبار (مثل بيع الاختبار خ).

ولأنّه قد يكون الاختبار قبل البلوغ كما صرّح به في التذكرة الا انه قال بصحّته حال الإختبار واستثناه من عدم صحّة تصرفات غير البالغ.

وفيه تأمّل ولهذا قال من قبل: يبيعه الولي.

....

وأنّه قد لايعرف صرفه في مواضعه ولكن اذا اعطى يحفظه حتى يتحقّق ذلك فيفعل سواء كان بيعاً وشراءً أو صرفاً في مصالحه.

وأيضاً لاتكلّف المرأة بالصناعة، اذ المقصود العلم بعدم تضييع المال وحفظه وعدم صرفه في غير الاغراض الصحيحة، لااكتسابه وعدم تضييع وقتها وتحصيل المال فينبغي اختبارها بشراء آلات الغزل والخياطة والنساجة واعارتها واستيجارها و استيجار المغزّلات وحفظ متاع البيت من التضييع بأن تحفظ عن الفارة والسنور وغيرهما ممّا يضيعه، ووضعه في محلّ لايضيع غالباً وامثال ذلك.

قال في التذكرة: انما تختبر بان يفوض اليها مايفوض الى ربّة البيت من استيجار المغزلات وتوكيلها في شراء القطن والكتان والإبريسم والاعتناء بالاغتزال والاستنساج، فاذا كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الذي هو في يدها مستوفية لما استاجرت من الاجراء، فهي رشيدة.

وبالجملة الغرض حصول العلم أو الظن المذكور بأيّ شيء كان، وأنّ الاختبار ينبغي كونه قبل حتى لايلزم تأخير الاعطاء والمنع عن ماله.

ولأنّ الآية تدل عليه، لأنه سمّاه حينئذٍ باليتيم وذلك -حقيقة- انما يكون قبل البلوغ، ولأنه جعل غاية الابتلاء، هو البلوغ.

ولكن ظاهر قوله تعالى: «فإنْ آنسْتُم منهُم رشْداً فادْفَعوا إليهم امْوالَهم»(١) يدلّ على دفع المال بعد ايناس الرشد بلا فصل، فلو كان قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد قبل البلوغ وهو منفيّ بالإجماع.

ولايبعد صدق اليتيم على البالغ القريب من زمان عدمه باعتبار ماكان وهو شايع ذايع.

---

(١) النساء - ٦.

(الثاني) الجنون، ويمنع من التصرفات اجمع الى ان يكمل عقله ولو كان يعتوره أدواراً صحّ تصرفه وقت افاقته.

وأيضاً معلوم أنّ الابتلاء لم ينته الى حين البلوغ فكأنّه مقيّد بعدم الرشد أيضاً بقرينة قوله: «فإن آنستُم» أو أنّ المراد من «ابتلوا» هو عدم اعطاء المال والتقدير ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ورشدوا.

ويمكن أيضاً تقدير (فبلغوا) بعد قوله: «آنسْتُم رشداً» أيضاً فيكون الاختبار مقدماً فلا يبعد جواز الأمرين بجواز التقديرين، ولكن الظاهر الأول فتأمّل.

وان الظاهر صحّة المعاملات والتصرفات التي وقع في حال الاختبار مع ظهور كونه رشيداً حينئذٍ اذا كان بالغاً لحصول الشرائط الى نفس الأمر، بل عند المعامل أيضاً فيدخل تحت عموم أدلّة صحّة البيع ونحوه وهو ظاهر.

ولأنه تصرف صدر من اهله في محلّه.

واذا كان الابتلاء قبل البلوغ فالظاهر عدم الصحّة بناءً على قوانينهم.

ويحتمل الصحّة كما قاله البعض وكما في التذكرة لظاهر الآية.

وفيه تأمّل فان الظاهر فرض الابتلاء بعد البلوغ أو تقدير البلوغ أيضاً بعد الايناس كما مرّ جمعاً بين القوانين وهو ظاهر، فان الصبيّ الغير البالغ اذا لم يصلح لايصلح دائماً حال الاختبار وغيره، والاختبار غير موقوف على صدور التصرف منه صحيحاً حتى يقال: به هنا للضرورة، لما مرّ.

على ان الآية لا تدل على صحّة المعاملة حال الاختبار، وانما تدل على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد.

قوله: «الثاني الجنون الخ» دليل حجر المجنون ـ ومنعه عن جميع تصرفاته حتى يفيق ويزول ا لجنون فيصح تصرفاته حال الافاقة وان كان ممّن يحصل له

ولو ادعى وقوع البيع مثلاً حالة (حال خ) جنونه فالقول قوله مع يمينه.

(الثالث) السفه ويمنع السفيه ـ وهو المبذّر لأمواله في غير الأغراض الصحيحة ـ عن التصرّف في ماله.

الجنون ادواراً ـ، هو العقل والنقل(١) وهو ظاهر.

قوله: «ولو ادعى وقوع البيع الخ» يعني لو ادعى المجنون المعلوم كونه مجنوناً بعد افاقته، وقوع البيع زمان جنونه، وانكره المشتري فالقول قول المجنون، لأنّ الأصل بقاء الملك على مالكه، ولاستصحاب حال الجنون الى ان يعلم زواله وليس بمعلوم، ولأنه اعرف بحاله.

فلا يعارض ذلك بأصل الصحّة وعدم الفساد لكثرته، ولأنه قد يمنع كون الصحّة أصلاً نعم قد يكون ظاهراً من حال المسلم.

فان الأصل عدم البيع وعدم الصحّة، لأنها موقوفة على الشرائط المعلومة، والأصل في الكل هو العدم.

فلا يرد عليه ماأورده المحقّق الثاني: أنه لاأقل أن يكون هنا التردّد كما فعل المصنف في القواعد والتحرير وذلك لايوجب أولويّة قراءة (ادّعى) بناءً للمجهول بمعنى انه لو ادّعى مدعٍ على المجنون بعد الافاقة أنّ البيع كان وقت الجنون فالقول قول المجنون كما قاله أيضاً.

لأنه خلاف ظاهر المتن وخلاف المسألة المذكورة في غير هذا المتن وان كان الحكم أوضح فتأمل.

قوله: «الثالث السفه الخ» وجه منع السفيه عن التصرف المالية(٢)

---

(١) راجع الوسائل باب ١ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١ وباب ٤ من ابواب مقدمات العبادات ج١ ص٣١.

(٢) هكذا في النسخ كلها ولعلّ الصواب التصرف المالي أو التصرفات الماليّة.

....

لنفسه ـ من دون اذن الوليّ مطلقاً عيناً وديناً مع إصابته المصلحة والربح أم لا ـ هو الإجماع ظاهراً وظاهر الكتاب(١)، وقد مرّ.

والظاهر أنه غير صحيح(٢) أيضاً، لانه ـ بعد ثبوت انه ممنوع عنه وعلة المنع عدم صلاحيته له ـ عدم الصحّة ظاهر.

واما توكّله لغيره، فالظاهر أنه صحيح أيضاً ان وقع بشرائطه للأصل وأدلّة جواز التوكل وصدور البيع، عن اهله في محلّه مثلاً، ومنعه من التصرف في ماله لاحتمال اضاعة ماله، لايستلزم منعه عن مال غيره باذنه مع الأمن من التضييع، اذ قد يسامح في ماله دون مال غيره، وكذا في ماله بدون اذن الولي وتعيين الثمن للمبيع مثلاً، لرفع العلّة المقتضية وهي الانخداع واحتمال التضييع، مع صلاحيته لايقاع العقد واعتبار كلامه، ولما تقدم وخرج ماهو مستقلّ به، للنص(٣) والإجماع، وبقي الباقي.

ويمكن ان يكون اجازة الوليّ أيضاً كافياً على تقدير جواز العقد الفضولي، والا فلا كما هو الظاهر.

واما حقيقة السفه، فهي معلومة من تعريف الرشد المقابل له، وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله: وهو المبذّر أي الصارف لامواله في غير الاغراض الصحيحة أي في نظر العقلاء غالباً بالنسبة الى حاله.

فصرف المال في المحرّمات وتضييعه مثل القائه في البحر، سفه بإجماع الأمّة كما يفهم من التذكرة كما مرّ.

وكذا صرفه في الاطعمة والاشربة والمأكل والمشرب الغير اللائق بحاله

---

(١) وهو قوله تعالى: «ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الآية» النساء ـ ٥.

(٢) يعني كما انه ممنوع تكليفاً غير صحيح أيضاً وضعاً.

(٣) الظاهر ارادة عموم الآية المتقدمة.

فلو باع أو وهب أو أقرّ بمال أو أقرض، لم يصحّ، مع حجر الحاكم عليه.

بحيث يعاب على ذلك عرفاً وغالباً.

والظاهر أنّ المراد عدم الرشد لامجرد الاتفاق.

فالذي له ملكة حفظ المال عن الضياع وعدم صرفه الا في الاغراض الصحيحة اللائقة بحاله في نظر العقلاء، رشيد، والذي ليس له تلك سفيه، هذا هو المفهوم من كلام اكثر الأصحاب بحسب الظاهر فهو متفق على اعتباره.

واما اعتبار مايزيد عليه من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم والاشتغال بالاعمال التي ينبغي وقوعه(١) من أمثاله كما صرّح به في شرح الشرائع ويفهم من كلام البعض في الجملة في بيان الاختبار مثل اختبار المرأة بالنساجة، فهو غير ظاهر الدليل والأصل ينفيه.

وظهور عدم صدق السفيه على عادم ذلك لغة وعرفاً وشرعاً، وتسلّط الناس على أموالهم وعدم جواز منع الناس عن أموالهم عقلاً ونقلاً الّا ماخرج بدليل، يدلّ على العدم فتأمّل.

قوله: «فلو باع أو وهب الخ» تفريعه ظاهر بعد ثبوت ماتقدّم، وقوله: (مع حجر الحاكم) اشارة الى أنّ ذلك ظاهر مع حكم الحاكم بسفهه، واما بدون ذلك فيجيء الاشكال في المتن، ووجهه.

وهذا الكلام يشعر بعدم الثبوت الّا مع حكمه فتأمّل.

وامّا عدم سماع اقراره فهو بالنظر الى ظاهر الشرع وحكم الحاكم بذلك، سواء أقرّ بثبوت شيء في ذمّته بالدين أو إتلاف مال، وقبل السفه والحجر، أو بعده فان اقراره حينئذٍ غير مسموع.

---

(١) هكذا في النسخ كلها والصواب وقوعها.

ويصحّ تصرّفه في غير المال كالطلاق، والظهار، والخلع، والاقرار بالحدّ، والقصاص، والنسب.

ولايسلّم اليه عوض الخلع.

واما بينه وبين الله فالظاهر انه مكلّف بالخروج عمّا في ذمته مطلقا، فلابدّ ان يسلّم ماأقرّ به الى المقرّ له خفية ويجوز له أخذه اذا كان حقاً ثابتاً في ذمّته قبل السفاهة وصرّح به في التذكرة.

واما إذا كان المالك سلّطه على ماله بالبيع وشبهه بعد الحجر، فقال في التذكرة: لايجب عليه أداء ذلك، لأنه بتسليطه السفيه على ماله مضيع لماله، فلا عوض له، فكأنّه أتلفه بنفسه.

هذا -مع عدم علمه بسفهه- مشكل، بل مع علمه أيضاً فانه على اليد ماأخذت(١) وما سلّمه اليه الّا بعوض، بل يكون حينئذٍ مع علمه بعدم لزوم العوض سفيهاً أيضاً كالمتصرف فلا يخرج ماله عن ملكه، ولايلزم عدم العوض بتسليطه بلا عوض، كالهبة ونحوها فكيف على وجه العوض، فالظاهر العوض بناءً على قوانينهم، فافهم.

قوله: «ويصح تصرفه الخ» دليل ذلك كلّه حتى النسب -ولكن من دون النفقة وان كان نسباً موجباً لذلك في غير السفيه- الأصل والأدلّة من العمومات الدالة على جواز تلك التصرفات وعدم شمول دليل السفه لها، وانه لايمنع من غير الماليّة.

والضابط انه انما المنع عن التصرفات المالية لاغير.

والظاهر أنّه مجمع عليه أيضاً.

واما وجه عدم تسليم عوض الخلع له، فهو أنه تصرف ماليّ ممنوع فلا يجوز

---

(١) راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٤ و٣٨٩ وج٢ ص ٣٤٥ وج٣ ص٢٤٦ وص٢٥١ - مع ذيلها.

ويجوز ان يتوكل لغيره في بيع وهبة وغيرهما.

ولو اجاز الوليّ بيعه، صحّ.

(الرابع) الملك، فالعبد والأمة محجور عليهما لايملكان شيئاً ولو ملكهما مولاهما، ولو تصرفا لم يمض الا باذن المولى.

(الخامس) المرض، ويمنع المريض من الوصيّة بـاكثر من الثلث مالم يجز الورثة.

ذلك فلا يخرج عن العهدة بذلك.

قوله: «ويجوز أن يتوكل الخ» قد مرّ دليله، وكأنه اشار الى خلاف بعض العامّة حيث لم يجوّزه، ولعله لاخلاف عندنا.

وكذا دليل قوله: (ولو اجاز بيعه صح) فتذكّر.

قوله: «الرابع الملك الخ» ظاهرهم عدم الفرق في منع المملوك وحجره عن جميع التصرفات ـ بدون اذن المولى الا الطلاق، فانه بيد من أخذ بالساق(١)ـ بين القول بانه يملك أمْ لا، ولعلّ دليلهم الإجماع ولانعلم ذلك.

والحكم غير واضح فيما يملكه على تقدير القول بانه مالك، وهو الظاهر كما مرّ فتأمّل.

هذا وظاهر المتن أنّ الحجر بسبب عدم الملك، وانهما لايملكان، وأنه لايفيد الاجازة، بل لابدّ من الاذن الّا ان يعمّم الاذن بحيث يشمل السابق واللاحق.

قوله: «الخامس المرض الخ» الظاهر انه ليس بحرام، بل معنى المنع هنا عدم مضيّ تصرفاته في اكثر من الثلث الا باذن الوارث.

ودليله أخبار كثيرة(٢) مع الشهرة العظيمة، بل كاد ان يكون إجماع

---

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٣٤ حديث ١٣٧ ولاحظ ذيله.

(٢) راجع الوسائل باب ١٠ و١١ و١٢ و١٣ من كتاب الوصايا ص ٣٦١ ـ ٣٧١ ج١٣.

وفي التبرعات المنجزة، قولان.

الأمّة، فلا يلتفت الى الشك والشبهة.

قوله: «وفي التبرعات المنجّزة قولان» القول بلزوم المنجّزات وصحتها، قول الشيخ في النهاية، والشيخ المفيد، والقاضي، وابن ادريس رحمهم الله، وظاهر التهذيب والفقيه.

وبعدم القبول إلّا في الثلث وهو قول ابن الجنيد والشيخ في المبسوط والمتأخرين، والمصنف هنا نقل القولين من غير ترجيح، وفي باب الوصيّة اختار الثاني، ونقل عن الصدوق أيضاً مع ان ظاهر كتابه الفقيه غير ذلك.

ودليل الأوّل أظهر، وهو الأصل(١)، والاستصحاب، وتسلّط الناس على أموالهم عقلاً ونقلاً كتاباً(٢) وسنّة(٣) وإجماعاً، وأدلّة صحّة الهبة(٤) والعتق والمحاباة مثلاً لو فعلها حال مرضه، والأخبار الصريحة الصحيحة وغيرها.

مثل صحيحة أبي شعيب المحاملي -الثقة- عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الانسان أحقّ بماله مادامت الروح في بدنه(٥).

وصحيحة محمد بن مسلم -في التهذيب والفقيه- عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه واوصى بوصيّة وكان اكثر

---

(١) يعني ان الأصل صحّة التصرفات مطلقاً فلو شك فيها يقال: كانت هذه التصرفات قبل مرض الموت صحيحة فتستصحب بعده أيضاً.

(٢) اشارة إلى آية التجارة عن تراض.

(٣) اشارة الى قول النبيّ صلّى الله عليه وآله: الناس مسلطون على اموالهم - عوالي اللآلي ج١ ص٤٥٧ رقم ١٩٨.

(٤) لعله اراد اطلاق ادلّة صحّة الأُمور المذكورة والا فلم نقف على خبر يدل بالخصوص على صحتها حال المرض مطلقا بل ورد مايدل على خلافه فراجع الوسائل باب٨ حديث٣ من كتاب الهبات وباب١١ حديث٣ و٤ و٦ و٩ و١١ و١٥ و١٦ من كتاب الوصايا.

(٥) الوسائل باب ١٧ حديث ٨ بسند الشيخ ره من كتاب الوصايا.

(السادس) الفلس.

من الثلث؟ قال: يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيا بقى(١).

وحسنته ـ أيضاً ـ عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى باكثر من الثلث واعتق مملوكاً (مماليكه ئل) في مرضه؟ فقال: ان كان اكثر من الثلث ردّ الى الثلث وجاز العتق(٢).

فقول شارح الشرايع ـ: وعليه شواهد من الاخبار الّا ان في طريقها عماراً وسماعة(٣) وهما فاسد الرأي لكنهما ثقتان ـ محلّ التأمّل، وغيرها من الاخبار الكثيرة(٤).

ويمكن حمل غيرها على الاستحباب، وأنّ الأولى ترك المال للورثة والوصيّة مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصيّة، وسيجيء في الوصيّة تحقيق المسألة وقد كتبت فيه رسالة منفردة وجمعت فيها اكثر الأدلّة وذكرت وجوها للجمع بين الأدلّة.

قوله: «السادس الفلس» ليس الغرض متعلّقاً بمعناه اللغوي، فتركت(٥).

قال في التذكرة: واما في الشرع، فقيل: من عليه ديون لايفي بها ماله ويشمل من لامال له، ومن له مال قاصر.

وقد دل على تفسيره تفسير النبيّ صلّى الله عليه وآله مفلس الآخرة حيث قال صلّى الله عليه وآله: أتدرون من المفلس؟ قالوا: يارسول الله المفلس فينا من لادرهم له ولامتاع، قال: ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٦٧ حديث ٤ من كتاب الوصايا.

(٣) راجع الوسائل باب ١٧ حديث ٤ و٧ و١٠ وحديث١ و٢ و١١ من كتاب الوصايا.

(٤) راجع باب ١٧ من كتاب الوصيّة وغيره.

(٥) يعني لما لم يكن متعلقاً بمعناه اللغوي تركت ذكر معناه اللغوي.

ويحجر عليه بشروط اربعة، ثبوت الديون عند الحاكم، وحلولها، وقصور أمواله عنها، وسئوال أربابها الحجر.

حسناته أمثال الجبال، ويأتي من قد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته، فان بقي عليه شيء ـ أي من حقوق الناس ـ أخذ سيئاتهم فردّت ثم صكّ في النار(١).

هذه تدل على تحريم الغيبة ونحوها، وكونها كبيرة، وعلى الاحباط، ونقل سيئات البعض الى بعض كسائر الروايات(٢) فتأمّل فيها.

ثم حجره على من له مال في الجملة في عدم تصرفه فيه وفي المتجدد بنحو الاختطاب، وعلى من ليس له مال في الأخير فقط.

وقال في التذكرة: للحجر شروط خمسة، المديونيّة، وثبوت الدين عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده عنها، والتماس الغرماء أو بعضهم، وبعد حجر الحاكم يمنع من التصرفات الماليّة في الموجود والمتجدّد زمان الحجر فقط، لا من التصرف في نفسه وسائر المعاملات الغير المتعلّقة بالمال الموجود ويتعلّق الديون زمانه بعينه فلا يجوز له التصرف فيه بوجه ومن وجد عين ماله يكون أولى بها(٣).

ولعل دليل هذه الأحكام كلّها هو الإجماع، وكذا عدم حصول الحجر الشرعي الا بحكم الحاكم.

ولعل لهم بعض الأخبار من العامّة أو من الخاصّة، وما وقفنا عليه، نعم اختصاص الديان بعين ماله يدل عليه بعض الأخبار وسيجيء.

قوله: «ويحجر عليه بشروط اربعة الخ» هي الأربعة الأخيرة المذكورة

---

(١) مسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٠٣ وص ٣٣٤ و ٣٧٢ وقد نقله الشارح قدم بالمعنى.

(٢) راجع الوسائل: ج٨ باب ٥٢ ص٥٩٦.

(٣) قوله: للحجر شروط الى هنا مذكور في التذكرة متفرقاً وقد جمعه الشارح قدس سرّه ولخصها فراجع الفصل الثاني من المقصد الثالث في التفليس من التذكرة.

فلو سأل هو أو تبرع به الحاكم أو كانت أمواله مساوية أو كانت مؤجّلة فلا حجر.

ويثبت حجره بحكم الحاكم به، ويزول بالأداء ولايشترط الحكم.

في التذكرة، وترك الأوّل لاستغنائه عنه بثبوت الديون عند الحاكم فانه فرع المديونيّة وأراد في التذكرة التفصيل.

قوله: «فلوسأل هو الخ» بعد ثبوت الشرائط المقررة، تفريع عدم ثبوته -بسؤال نفسه الحجر أوْ تبرّع الحاكم فالظاهر عدم الجواز له الا برضاه، وعلى غير وجه الالزام، بل نظراً لمصلحته أو مساواة أمواله للديون بمعنى حصول الوفاء للديون الحالّة وان لم يف بالكلّ أو كان زائداً أو كانت الديون التي تستغرق المال غير حالّة مؤجّلة كلّها أو بعضها- ظاهر.

قوله: «ويثبت حجره الخ» قد نقل الاجماع على عدم ثبوت الحجر المراد إلّا بحكم الحاكم، فمع وجود جميع شرائطه، لايمنع من التصرفات في ماله باسرها وليس للغرماء منعه من شيء الّا بعد الحجر، ويفهم على ذلك، الإجماع من التذكرة وغيرها.

ولكن استشكل في جواز رجوع من وجد عين ماله عند المفلس المعرّف قبل حجر الحاكم له، سواء كان مبيعاً أو قرضاً أو غير ذلك.

ولكن ظاهر الرواية(١) من العامّة والخاصة -وستجيء- عدم التوقف(٢)، فان كانت حجّة لابأس بالعمل بها ولايدلّ الأصل، ويملك(٣) المفلس بالعقل

---

(١) يعني قوله عليه السلام: من وجد متاعه فهو احق به.

(٢) يعني عدم توقف رجوع صاحب المتاع الى متاعه، على حكم الحاكم، بحجره.

(٣) هكذا في النسخ كلها، ولعل الصواب: (وتملّك) المصدر من التفعّل عطفاً على (الأصل).

«المطلب الثاني في الأحكام»

والكلام فيه يقع في مقامين.

(الأوّل) في أحكام السفيه.

ويثبت حجر السفيه بحكم الحاكم لابمجرّد سفهه على اشكال.

والإجماع على عدم الجواز بعد وجود الرواية التي هي حجّة ولايصير سبباً للتأويل والتصرّف فيها كما فعله في التذكرة فتأمّل.

ثم ان الظاهر زوال الحجر بالأداء لزوال سببه، فإنّ السبب هو الدين والمطالبة، وهو ظاهر.

وأيضاً انه كان ابتدائه مشروطاً بوجود الدين الثابت الحالّ، فكذا الاستدامة للعلّة، وهو ظاهر فلا يظهر بقائه الى ان يحكم الحاكم بالزوال لكونه(١) كان موجوداً فبحكم الاستصحاب موجود حتى يعلم الزوال ولايعلم الّا بالحكم كأصله، وهو ظاهر على ماأفهم.

«المطلب الثاني في الأحكام»

قوله: «ويثبت حجر السفيه بحكم الحاكم الخ» المراد ثبوت حجر السفيه بالمعنى المتقدم بعد ان صار رشيداً اوزال حجره ثم صار سفيهاً بحيث لو كان قبله لكان ممنوعاً ومحجوراً هكذا ينبغي التقييد فان الظاهر أن لانزاع في انه يثبت (ثبت خ) الحجر على السفيه المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه وعدم توقفه على حكم الحاكم، وكذا زواله بزواله من دون الحكم للآية(٢)، بل الإجماع على مافهم

---

(١) تعليل للمنفي يعني(يظهر)لا النفي يعني (لايظهر).

(٢) يعني لاطلاق الآية وهو قوله تعالى: «فإن آنسْتُم منهُم رشداً فادفعوا اليهم اموالَهم» النساء ـ ٦.

....

من شرح الشهيد، ولما سيأتي فتأمّل.

فقيل: المشهور توقفه على حكم الحاكم وحجره، وهو مذهب المصنف في التذكرة للأصل، وتسلّط الناس على أموالهم عقلاً ونقلاً(١)، وشمول أدلّة التصرفات، تصرفه الذي فعله في زمان سفهه، من الكتاب والسنّة، وصدقها عليها حينئذٍ، ولعدم الدليل في الكتاب والسنّة الا على استصحاب السفه الى ان يرشد، وأما الحادث بعده فلا، وهذا دليل قويّ.

ويؤيده الإجماع على عدم تحقّقه في المفلّس الا بعده.

ويؤيّده أيضاً، الشريعة السهلة السمحة.

وانه ان كان مجرّد السفه حجراً يشكل المعاملات والأنكحة، فان غالب الناس مجهول الحال أو معلوم السفاهة.

وهو ظاهر مع اعتبار العدالة، ومع عدمه أيضاً خصوصاً اذا اعتبرنا مااعتبره الشهيد الثاني حيث قال:

وقد عرفت ان الرشد لايكفي فيه ذلك (أي اصلاح المال) بل لابدّ من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم بالوجوه السابقة(٢) فيتحقّق بالاعمال التي ينبغي وقوعها منه وصيرورة ذلك ملكة له يعسر زوالها.

وان كان الذي قاله غيرواضح، فان الأصل ينفيه، مع عدم الدليل، وعدم ذكر الأصحاب والمشقة والحرج، وأنه منتف عن كثير من الناس مثل أهل العلم، فالظاهر عدم اعتباره.

ولكن قد نقل الإجماع على أنّ صرف المال في المحرّمات سفه وتبذير.

---

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٤٥٧ رقم ١٩٨.

(٢) في المسالك -بعد قوله: السابقة: فيكون السفه ترك ذلك فيتحقّق بترك الاشتغال بالاعمال التي ينبغي وقوعها من أمثاله ولابدّ من تقييد صرف المال في غير الغرض الصحيح يكون ذلك ملكة له (انتهى).

....

قال في التذكرة: اذا عرفت هذا فان الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كشراء الخمور، وآلات اللهو، والقمار ويتوسل به الى الفساد، فهو غير رشيد لايدفع اليه أمواله إجماعاً لتبذيره لماله وتضييعه ايّاه في غير فائدة، وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة (الى قوله): دفع اليه ماله ـ اي عند من لم يشترط العدالة.

وقال في التحرير: وان استلزم فسقه التبذير كشراء (وشراء خ) الخمر، وآلات اللهو، والنفقة على الفاسق، هذا لايسلّم اليه شيء لأجل تبذيره.

كأنه يريد الفاسق من حيث فسقه والا فهو مشكل فتأمّل.

فالظاهر أنّ مراده بالإجماع إجماع الأمّة كما يظهر من هذا الموضع ومن مواضع آخر من هذا الكتاب.

والظاهر عدم اختصاصه بالابتداء، فانّ الرشد شرط دائماً، نعم يحتمل تخصيص العدالة بالأوّل كما مرّ.

ويؤيّده ماقاله في التذكرة: ولو طرء الفسق الذي لايتضمن تضييع المال، ولا تبذيره فانه لايحجر عليه إجماعاً.

وفي هذا الإجماع تأمّل مضى.

وقال فيها أيضاً في موضع آخر: ونحن لما ذهبنا الى ان الفسق لايوجب الحجر، وانه لايشترط في الرشد، العدالة لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق مالم ينضمّ اليه تضييع المال في المحارم وغيرها فلا يمكن التخصيص بالابتداء وهو ظاهر.

ولكن يلزم الاشكال، فانه قلّما يخلو عنه الانسان فانهم يشترون مالايجوز أكله مثل مال الأيتام وأموال الاموات من غير أهلها، والخمر، وآلات اللهو والقمار، ويستعملون الربا، ويعطون الأموال، الى (على خ) المغنّي واللاعب بالمحرّم من اللهو والصيد، والى منْ يأخذ من أموال الناس قهراً لهم خصوصاً الحكّام

....

والظلمة فيلزم أن يكونوا سفهاء لايجوز معاملاتهم ومناكحاتهم وأخذ عطاياهم، وزكواتهم وخمسهم فانهم سفهاء بإجماع الأمّة على مافهمناه عن التذكرة.

مع أنّهم صرّحوا واطلقوا جواز معاملاتهم ومناكحاتهم وقبول جوائزهم، وقالوا: انها مكروهة.

بل يمكن أن يقال: صرف المال في العنب بان يعمل خمراً، وفي الخشب بان يعمل صنماً ونحو ذلك أيضاً صرف في المحرّم فيكون فاعله سفيهاً لايجوز معاملته، ومناكحته، مع انهم جوزوا ذلك وقالوا بكراهتها.

ولاشكّ أن صرفه ـ ولو كان قليلاً من الاطعام ـ للرياء والسمعة وغير ذلك من الاغراض الغير الصحيحة شرعاً، حرام فيكون موجباً للسفه، ومن الذي يخلو عنه من ارباب الأموال؟ فيلزم عدم جواز أخذ العطيّة بل الزكاة والخمس عنهم فتأمّل.

وبالجملة، التنزه عنه متعسر جداً، فانه لو لم يعامل السفيه، فانه يعامل من يعامله ويصعب ذلك أيضاً بانهم قالوا: ان الرشد شرط فلابدّ من تحقّقه ليعمل بالمشروط، فمن جاء الى سوق كيف يعرف ذلك، بل كيف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالإجماع.

فالظاهر انهم يبنون على الظاهر ويتركون الأصل، فان حال الانسان انه لم يفعل حراماً ولايصرف ماله فيه، ويكون حافظاً لما له غير مضيّع له، ولهذا اذا طلب منه بأقلّ ممّا يسوى يعرض عن ذلك ولايبيعه بوجه.

ولعل هذا المقدار كافٍ للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكحة، فكأنّهم بنوا على ذلك.

ولهذا مانقل الامتناع والتفحص عنهم صلوات الله عليهم وأمرهم به ولامن أحد من العلماء المدينين (المتدينين خ) ذلك ويكون الاختبار والتفحص الابتدائي

....

لتسليم المال، للنص والإجماع والاستصحاب مع عدم الظهور والتحقق.

ويمكن تخصيص كون الصرف في المحرّمات سفهاً، بما اذا لم يكن له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا في صرف المال، ولكن كلامهم خالٍ عن ذلك، ا لله يعلم (الله خ) والموفق للعلم والمزيل للجهل.

واما الذي يدلّ على عدم الاشتراط، وان مجرد السفه كافٍ فهو أنه معلوم أنّ علّة عدم جواز تصرفه هو مجرد السفه وعدم صلاحيته للتصرف في ماله لذلك، ولهذا يمنعه الحاكم ولو لاذلك لما يمنعه.

والفرق بينه وبين المفلّس ظاهر، فانه صالح للحفظ، والغرض الباعث، حفظ مال الديان لطلبهم ذلك فيحتاج الى زاجر كما انه اذا امتنع عن ادائه لابدّ من حاكم يأخذه فافهم.

وأنه كاف في الابتداء في الاستدامة كذلك لعدم الفرق ظاهراً وظهور العلّة.

وانه لو جوز له المعاملة يضيّع ماله في الحال ويعطي مايسوى اضعاف درهم بدرهم، وهو ضرر عظيم.

فالظاهر نفيه شرعاً وعقلاً وسدّ باب تصرّفه لئلاً يؤل الى ذلك كما فعل في امثاله.

وان ظاهر قوله تعالى: «ولا تؤتوا السُّفهاء اموالكم الآية»(١) عام بحسب ظاهر اللفظ في كلّ سفيه.

ولأنّ تعليق الحكم بالمشتق يفيد عليّة مبدء الاشتقاق، ولهذا يتبادر أنّ العلّة هو السفه.

---

(١) النساء ـ ٥.

....

وكذا يفهم من قوله تعالى: «فإن آنستُم منهُم رُشداً»(١) أن مجرّد السفه هو علّة المنع لاغير، وأنّه يزول المنع من التصرف بمجرّد زواله، وأنّه لادخل لحكم الحاكم ولادخل لخصوصيّة كونه في ابتداء الحال.

وظاهر قوله تعالى: «فإن كانَ الذي عليْه الحقّ سفيهاً أو ضعيفاً أو لايستطيعُ أنْ يُملّ هُو فَلْيُملِلْ وليّه»(٢)، ان مجرد السفه موجب لعدم الاملال والاملاء والتصرف، وثبوت الولاية من غير اشعار بذكر حاكم ولاابتداء حال.

لأن معناه ـ على ما في الخلاف والمنتهى وغيرهما ـ (سفيهاً) محجوراً عليه لتبذيره وجهله بالتصرف، ناقص العقل مبذراً، (أو ضعيفاً)، أي صبيّاً أو شيخاً مختلاً، أو لايستطيعُ أن يملّ هو (بنفسه لخرس أو جهل باللغة)، (فليُمللْ وليّه) الذي يلي أمره من وصيّ ان كان سفيهاً أو ضعيفاً، أو وكيلاً ان كان غير مستطيع، أو ترجمان يمل عنه وهو يصدقه.

وينبغي ان يزاد في الأولين، الأب أو الجدّ والحاكم ويعبّر عن الكلّ بالولي، لابالوصيّ، وهو ظاهر.

فيجب ان تحمل(٣) على ظاهرها ويخصّص بها عموم جواز التصرف والتسلّط وأدلّة صحّة سائر التصرفات.

فوجد الدليل على السفه غير حال الابتداء، والضرر يندفع بما ذكرناه من جواز العمل على الظاهر، وتجويز كون مجرد المكاية(٤) كافياً للظن بالرشد المجوّز للمعاملة.

---

(١) النساء ـ ٦. (٢) البقرة ـ ٢٨٢.

(٣) يعني الآية.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة: وتجويز كون مجرد المؤانسة في المعاملة كافياً الخ وعليه يكون اشارة الى قوله تعالى: «فان آنستُم منه رُشداً» الخ.

....

وانه مشترك الورود لعدم الاشتراط في الابتداء بالإجماع ومعارض بالضرر الذي ذكرناه.

وكأنه لذلك جزم المحقق الثاني والشهيدان بانه مانع، بل نجد عبارات الأصحاب كلّها في جميع الأحكام في البيع، والاجارة، والوقف، والوصية، والهبة، وغيرها، مشحونةً باشتراط الرشد من القابل وغيره.

فيبعد جداً حملها على الرشد والسفه ابتداءً، لانهم يطلقون ويعممون ويفرّعون عليه الفروعات الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك كما في اشتراط البلوغ والعقل في سائر الأحكام.

ويبعد حملها على أنّ السفه مانع مع حكم الحاكم، وهو ظاهر.

ويمكن أن يؤيّد الأوّل(١) بأنّ هذا حكم على خلاف العقل والنقل كتاباً وسنّةً وإجماعاً فيختصّ (فيقتصر خ) على محلّ اليقين والوفاق وهو في الابتداء وتسليم المال، وكذا مع حكم الحاكم.

والقياس باستخراج العلّة في امثاله، ليس بحجّة، وكذا الضرر المذكور في الآية الأولى(٢) مخصوصة(٣) بالابتداء وتسليم المال على ماقالوه.

هذا على تقدير تسليم أنّ المراد بالسفهاء، المبذّرون، وبـ(الاموال)(٤) (اموالهم) اضيفت الى الاولياء، وانهم المراد بـ(كُم) بقرينة (وارزقوهم).

وقيل: المراد أموال المخاطبين وقد أمروا بان لايسلموا أموالهم الى السفهاء

---

(١) يعني بالاول كفاية السفه ابتداء في المنع بان يقال: كون الانسان البالغ العاقل المختار ـ كما هو المفروض ـ ممنوعاً من التصرف في امواله على خلاف العقل الخ.

(٢) يعني قوله تعالى: «ولا تُؤتُوا السفهاء اموالكم».

(٣) هكذا في النسخ والصواب (مخصوص).

(٤) يعني كونَ المراد من قوله تعالى: «اموالكم» اموالهم.

ولايزول الا بحكمه.

لينتفعوا مثل (نسائهم) و(أطفالهم) بل يرزقهم منها ولا يسلّمهااليهم ثم يرزق منهم وهو الظاهر من الآية، وفي بعض الاخبار أيضاً اشارة اليه، ويعلم التفصيل من مجمع البيان(١).

والثانية(٢) مخصوصة بعدم الاملال والوليّ فيه، لامطلقا.

على أنه قيل: المراد بالسفيه، الجاهل بالاملاء، وقيل: الطفل، وقيل: الاحمق، قاله في مجمع البيان.

ويحتمل غير ذلك أيضاً.

ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم، ولهذا قال في الخلاف: المحجور عليه فتأمّل واحتط ان امكنك فان المسئلة من المعضلات المحتاجة الى دفعها لأنها ضرورية واقعة في كلّ وقت.

ثمّ ان الظاهر أنه اذا قيل: أنّ السفه المانع من التصرف يثبت من دون حكم الحاكم، فالظاهر أنّ زواله كذلك، لانه السبب وبزواله يزول المسبب ويؤيّده: (فإن آنستم) فانه كالصريح في زواله بزوال السفه من دون حكم الحاكم.

وأيضاً، الظاهر عدم الفرق بين الابتداء والانتهاء، وفي الابتداء مجمع عليه وظاهر لما مرّ.

واما اذا قيل: انه لايثبت الآ بحكم الحاكم، فيحتمل زواله بمجرّد زوال السفه، لان حكم الحاكم كان مشروطاً بوجوده، فلما عدم لايمكن ثبوته، ويبعدبقائه

---

(١) في المجمع ج ٣ ص ٨ طبع مطبعة العرفان صيدا (سوريا): وقد عنى بقوله: اموالكم، اموالهم كما قال: ولا تقتلوا انفسكم اي لا تؤتوا اليتامى أموالهم وارزقوهم منها واكسوهم، عن سعيد بن جبير (الى ان قال): وقد روي أنه سئل الصادق عليه السلام عن هذا فقيل كيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: اذا كنت انت الوارث له (انتهى) ولعل الشارح قده اشار بقوله وفي بعض الاخبار الخ) الى هذا والله العالم.

(٢) أي الآية الثانية وهي قوله تعالى: «فان كان الذي عليه الحق» الخ ماتقدم.

....

من دون الشرط سيّما على القول بأن البقاء يحتاج الى العلّة، وان علته علّة الحدوث.

ولأن الظاهر والأصل عدم الحجر على أحد عقلاً ونقلاً الّا ماثبت بالدليل، وثبوته مع وجود السفه، وحكم الحاكم لدليلٍ، لايقتضي وجوده بعده أيضاً ولادليل غيره فتأمّل.

وبالجملة، الظاهر عدم توقف زواله الى حكم الحاكم وان قيل بتوقف وجوده عليه، لما تقدم، وأنه اظهر من عدم توقف ثبوته على حكم الحاكم لما تقدم من وجوذ الدليل على الثاني دون الأول.

ويؤيّده أنه قد يعسر اعلام الحاكم فيحصل الضرر بالمنع عن تصرفه في ماله مع عدم المانع الحقيقي ـاي السفه ـ.

فجزم المصنف ـبعدم زواله الا بحكم الحاكم مع اشكاله في ثبوته بدونه ـ محلّ التأمّل.

الا ان يقال: المراد كذلك ـأي على اشكال ـ أو يقال: انه مبني على عدم ثبوته الا بالحكم، وهو بعيد من العبارة ومحلّ التأمّل أيضاً لما عرفت.

ولكن يؤيّده ماقال في التذكرة: فاذا طرء عليه السفه ثم عاد رشيداً فان قلنا: ان الحجر عليه لايثبت الا بحكم الحاكم فلا يرفع الا برفعه.

الّا أنّ الملازمة غير ظاهرة وقد مرّ بيانه فانه لادليل على الثاني، ولايلزم من الأوّل.

ولأنّ العلّة هو السفه فلا يبقى المعلول بعد زوالها، ولحصول الضرر مع عدم السبب ـأي السفه ـ.

فكأنه لعدم ظهور الملازمة جزم في التحرير بتوقف الثبوت على حكمه وتنظر في الزوال.

ولكنّه بعيد أيضاً لما مرّ.

واذا بايعه انسان بعد الحجر كان باطلاً، فيستعيد العين.

وكذا يبعد اختيار اللمعة، وهو عدم توقف الثبوت على حكم الحاكم وتوقف زواله عليه على مانقل في شرح الشرائع لما مرّ فافهم.

ويمكن قول ثالث في أصل المسألة لو لم يكن خرقَ إجماعٍ، وهو أنه قد يكون ممنوعاً بمجرّد السفه من التصرف فيما لامصلحة له في ذلك التصرف أصلاً، بل يكون مضرّاً مثل الغبن الفاحش وشراء المحرّمات وصرف الأموال بلا عوض، وفي غير الأغراض الصحيحة، لامطلقا ويكون ممنوعاً عنه مطلقاً بحكم الحاكم أو لايكون له ذلك، فتأمّل.

ثمّ انه ذكر في التذكرة: اذا ثبت هذا، فكلّ من صار محجوراً عليه بحكم الحاكم فأمره في ماله الى الحاكم، ومن حجر عليه بغير حكمه فامره في ماله الى الأب أو الجدّ للأب.

كأنه يريد مع وجودهما، والا فالوصي ان كان، والا فالحاكم.

على ان دليل الكليّة غير ظاهر، بل هي أيضاً، فان المجنون بعد البلوغ والرشد أمر ماله الى الحاكم على المشهور، مع ان ثبوت حجره ليس بحكم الحاكم، بل بمجرد الجنون.

وكذا المملوك ان قلنا بأنّ له مالاً، حجره ليس بحكمه، مع أنّ أمر ماله إلى مولاه.

وأمر مال المرتد الغير الفطري الى الحاكم على الظاهر وحجره، ليس بحكمه على ماذكره قبل هذه الكلّية، وكأنه يريد الخاصّ، وهو اعرف قدس الله سرّه.

قوله: «واذا بايعه انسان الخ» قد علم أنّ السفيه اذا حجر عليه يكون ممنوعاً من جميع التصرف المالي بالكلّية، سواء صادف العين أو الذمّة، ومن بعض غير المالي أيضاً مثل النكاح وان كان هو أيضاً يؤل الى المالي.

وكأنه لاخلاف فيه بين الأُمّة الاقول ضعيف عن الشافعي في الشراء في

....

الذمّة على مانقل في التذكرة، فلا يجوز التصرف في ماله باذنه أيضاً.

بل يمكن تحريم أصل المعاملة ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه مثلاً خصوصاً على تقدير اعتقاد صحته، بل كاد ان يكون كفراً مع علمه بعدمها.

فاذا وقع مال منه بيد الانسان اختياراً أو بغيره يجب ردّه الى وليّه، فلو بايعه انسان بعد الحجر فلا شك في بطلان البيع عالماً كان أو جاهلاً، فان اشترى منه متاعاً أو أخذ ثمن مبيعه منه، يجب ردّه إلى الولي فان تلف في يده يكون ضامناً.

ولاشكّ في ذلك مع علمه، بل يكون حينئذٍ هو أيضاً مسرفاً فيؤخذ من وليّه.

وأما مع الجهل فكأنه كذلك، لتقصيره فانه كان ينبغي أن لايعامل حتى يعرف، ولان على اليد ماأخذت حتى تؤدي، ولان مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وهو كالمجمع عليه عندهم، ولأنّ التلف سبب، من جنس خطاب الوضع فتأمّل.

واما ماله الذي صار للسفيه بالعقد الفاسد، فان كان موجوداً، لاشكّ في أنه له فيأخذه هو أو وليّه، وان تلف -مطلقا أتلفه أم لا- فالظاهر عدم الضمان، سواء كان قبّضه أيّاه أو قبضه هو بنفسه، لانه بالعقد المملك والتسلّط على تملكه، ضيّعه المالك هو بنفسه.

هذا أيضاً مع العلم ظاهر، ومع الجهل تأمّل خصوصاً اذا لم يكن مقصّراً في التفحّص، بل في صورة العلم أيضاً تأمّل لأنه صار سفيهاً أيضاً.

ولكن الظاهر عدم الضمان، لما مرّ ان لم يكن الذي تلف عنده عالماً بالحال.

بل الذي يختلج في الخاطر هو ضمانه مع علمه بعدم صحّة هذا العقد وعدم صحّة التسلّط الا ان يكون المسلم عالماًوقبّضه ايّاه فتأمّل فان في كلامهم إجمالاً كالمتن.

ولو تلفت وكان القبض باذن المالك فلا رجوع، وان زال الحجر، وان كان بغير اذنه رجع عليه.

ولو اتلف ما اودعه (ع ـ خ ل) فالوجه عدم الضمان.

قوله: «وان زال الحجر» اشارة الى خلاف بعض الشافعيّة انه اذا اتلفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه، قاله في التذكرة، ثم قال: «ولا بأس به».

ووجه عدم البأس غير واضح، بل الظاهر هو البأس موافقاً للاصحاب والمصنف هنا وسائر كتبه حتى التذكرة قبيل هذا.

والتفصيل ـ بأنّ القبض ان كان باذن المالك فلا يضمن وبغيره ضمن كما هو في المتن أيضاً ـ غير واضح ولهذا مافصّل في التذكرة.

والظاهر عدم الفرق بين البيع وسائر المعاوضات حتى القرض اذا سلّطه عليه مالكه بما يجوز الهلاك ظاهراً، ولكن يضمن جميع مااتلفه مع عدم تسلّط مالكه وهو ظاهر ومصرّح به في التذكرة.

قوله: «ولو اتلف مااودعه (ع ـ خ)» وجهه معلوم ممّا تقدم، وهو أنّ المودع هو المضيّع، لأنه سلّط وسلّم المال الى غير أهله، وكذا العارية ونحوها ممّا لايجوز له الاتلاف ولا تسلّطه عليه للاتلاف بوجه.

ولكن اختار في التذكرة الضمان في امثالها ممّا سلّم اليه من غير تسليط اتلاف، قال: والاقرب عندي أنّه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه، لان المالك لم يسلّطه وقد اتلفه بغير اختيار صاحبه فكان ضامناً.

والظاهر ذلك، لعموم دليل الضمان، وكونه سفيهاً وتسليم مالكه ايّاه لايستلزم عدم الضمان، لانّ له اهليّة الضمان والحفظ، لانه عاقل بالغ الّا أنّه يسامح في ماله وذلك غير قادح في اهليته، فلا يستلزم كون المالك هو المضيّع كما في الصور الأول ولهذا يجوز توكيله.

ولو فك حجره فعاد بتبذيره (تبذيره خ)، عاد الحجر.

والولاية في ماله الى الحاكم، وفي مال الطفل والمجنون الى الأب أو الجدّ له، فان فقدا فالوصيّ، فان فقد فالحاكم.

ولايقاس بحال (على خ) المجنون والصبيّ في انهما لايضمنان بتلف الوديعة والعارية، لانهما مسلوبا الأهليّة شرعاً للخطاب والحفظ، مع تسليط المالك.

على أنّه قد يقال بالضمان على تقدير فرض التميز (التميزخ) التام، مثل مايكون عند البلوغ وجعله من باب خطاب الوضع خصوصاً اذا اتلفاه فتأمّل.

قال في التذكرة: وحكم المجنون والصبي، كما قلناه في السفيه، في وجوب الضمان عليهما اذا اتلفا مال غيرهما بغير اذنه أو غصبا فتلف في يدهما (ايديهما خ)، وانتفاء الضمان عليهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض، واما الوديعة والعارية اذا دفعهما صاحبهما اليهما فتلفتا فلا ضمان عليهما فان اتلفاهما، فالاقرب انه كذلك، ولبعض العامة وجهان الخ.

قوله: «ولو فك حجره الخ» الظاهر أنه هكذا كلما زال فيزول، وكلما عاد فيعود وهو ظاهر، ونقل عليه إجماع علمائنا في التذكرة، بل إجماع الصحابة، وقول اكثر العامة ونقل عن زفر، وأبي حنيفة عدم الحجر عليه، قال: وهو مروي، عن ابن سيرين والنخعي، لأنّه مكلّف فلا يحجر عليه كالرشيد، ولانه يصحّ طلاقه فيصحّ عقوده.

وانت تعلم مافيه من القياس الباطل أصلاً وخصوصاً هنا، للفرق بين الرشيد والسفيه والمالي وغيره وهو واضح، ولهذا فرق العلماء بينهما، بل أبو حنيفة واتباعه أيضاً حيث أثبتوا الحجر أوّلاً، وهو منصوص ومجمع عليه، وان العلّة المقتضية للحجر باقية، فيجب وجود معلولها، على ان القياس فيما يقابل النص غير مقبول، وانه لو صحّ لزم عدم الحجر رأساً، وهو ظاهر.

قوله: «والولاية في ماله الى الحاكم الخ» قد ادّعى إجماعنا في التذكرة على

....

عدم جواز تصرف السفيه في ماله وان بلغ وطعن في السن، وفي المجنون أظهر قد مرّ ضابطة التذكرة(١) مع التأمّل وقال هنا: إن ولاية السفيه في ماله الى الحاكم.

الظاهر انه يريد السفيه الذي طرء سفهه على رشده بعد البلوغ، فان الظاهر أنه قبل ذلك الى الأب والجدّ له كما صرّح به بعض الأصحاب، واليه اشار في الضابطة وان قال في شرح الشرائع أنّ المشهور أنه للحاكم مطلقا فيمكن ان يحمل على ظاهره.

ويؤيّده انه مختار التذكرة، ولكن نقل عن احمد ماقلناه، ثم قال: لابأس به فتأمّل.

وكأنه يريد بـ(الطفل والمجنون) من لم يبلغ ويرشد ويعقل فيكون البالغ الغير الرشيد أيضاً داخلاً فيه ويكون ولايته للأب أو الجدّ له، ويكون ولاية المجنون ـ العارض جنونه بعد عقله ورشده وزوال حجر الأب والجدّ عنه ـ الى الحاكم أيضاً.

والوجه أنه قد ثبت ولايتهما قبله، كأنه للإجماع المنقول في التذكرة، كأنه إجماع الأمّة، وكذا على عدمها لغيرهما من الام وسائر الاقارب، وأنّ من قال بغيره، خرق الإجماع ولانجد دليلاً غيره صريحاً، فالاستصحاب يقتضي بقائها حيث لادليل على زوالها.

وأما العارض بعد الزوال فلا دليل لثبوتها لهما فيكون للحاكم كسائر الولايات.

ولعلّ دليل ولاية الحاكم على من لاوليّ له أنه لابدّ من وليّ وليس أحد أحقّ منه، ولايساويه للعلم والتقوى، وفي غيره مفقود، ولأنّ العلماء ورثة

---

(١) وهي قوله ره: كل من صار محجوراً عليه بحكم الحاكم فامره في ماله الى الحاكم الى آخر ماتقدم آنفاً.

....

الأنبياء(١) ولاشك ان ذلك لهم، ولأنه نائب لوليّ الأصل وهو الإمام عليه السلام، وكأنّه لاخلاف في الحكم، الله يعلم، ونقل عليه الإجماع في شرح الشرائع.

والظاهر انه لاخلاف في ثبوتها للحاكم في الجميع اذا عدموا أو سلب صلاحيّة الولاية عنهم، بل اذا غابوا أيضاً، والوجه ماتقدم.

بل الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وأمانته بعد تعذّر ذلك كلّه.

ويدلّ عليه قوله تعالى: «ولا تقْربُوا مالَ اليتيم إلّا بالتي هي احْسَن»(٢). وحكاية فعل الخضر عليه السلام فافهم(٣)، والخبر الصحيح الدالّ على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصيّ(٤) من غير قيد تعذر الحاكم، ولاشكّ أنّه أولى مع امكانه، والا فالظاهر ان لغيره ذلك كما في مال ولده.

ولايبعد ذلك في المجنون والسفيه أيضاً على تقدير ثبوت حجره، لعدم الفرق، وللضرورة، ولحكاية الخضر عليه السلام، وفهم ان العلّة في مال اليتيم هو الحسن، ولقوله تعالى: «ماعَلَى المحسنين من سَبيل»(٥)، فيمكن ذلك في مال الغائب أيضاً فافهم.

ثم اعلم ان ظاهر اكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الأب والجدّ، نعم في القواعد وشرحه(٦) إشارة الى ذلك، والاصل يقتضي العدم، وكذا

(١) اصول الكافي ج١ ص٣٢ باب صفة العلم وفضله الخ حديث٢.

(٢) الاسراء- ٣٤.

(٣) اشارة الى قوله تعالى حكاية عن من امر موسى على نبينا وآله وعليه السلام بالتعلم منه: «واما الجدار فكانَ لِغُلامين يتيمين في المدينة وكانَ تحته كنز لَهُما وكانَ أبوهما صالحاً فأراد ربّك ان يستخرجا كنزهُما رحْمَةً من ربّك الآية» الكهف- ٨٠.

(٤) راجع الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من ابواب عقد البيع ج١٢ ص٢٧٠.

(٥) التوبة- ٩١.

(٦) لعلّه ناظر الى قوله قده في القواعد -بعد عدة الاولياء الذين منهم الأب والجد- : وانما يتصرف الولي

←

....

في الوصيّ، ويؤيّده جواز التوكيل، ومضاربة مال ولده وبضاعته مع عدم اشتراطها.

قال في التذكرة: ينبغي كون المضارب والمباضع لليتيم أميناً وكون السفر الى موضع امان فلا يكون في البحر.

وعمومات الروايات الدالة على اجراء احكام الوصيّ من غير اشتراط عدالته.

نعم في الخبر الصحيح ـ المشار اليه ـ اشارة اليه حيث قال: عن محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: ان رجلاً من اصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد بن سالم القيّم بماله، وكان رجلاً خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبدالحميد، المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري، ضعف قلبه في بيعهن ولم يكن الميّت صيّر اليه وصيته وكان قيامه بها بأمر القاضي لانهن فروج، قال محمد: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت: جعلت فداك يموت الرجل من اصحابنا فلا يوصي الى أحد وخلّف جواري فيقيم القاضي رجلاًمنا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟ فقال: اذا كان القيم مثلك ومثل عبدالحميد ـ أي ابن سالم ـ فلا بأس(١).

وظاهر ان القاضي هو قاضي الجور.

وفيه اشارة الى عدالة محمد وعبدالحميد بن سالم في الجملة، وجواز العمل بالظن، وأنه اذا وافق الحق يجوز ولايشترط العلم أوّلاً.

فتأمّل فان اشتراط العدالة ـ بمجرد هذا والخبر الآتي ـ مشكل.

نعم قد تكون معتبرة في الناظر لها وفي وصيّ الوصيّ اذا كانت وصايته

بالغبطة، فلو اشترى لامعها لم يصح ويكون الملك باقياً للبايع (انتهى) ايضاح الفوائد في حل اشكالات القواعد ج٢ ص٥٢ طبع المطبعة العلمية ـ قم.

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من ابواب عقد البيع بطريق الشيخ رحمه الله.

....

شاملة للوصيّة، وفي مطلق الوصيّ اشكال مع حكمهم باجراء أحكام الوصايا في الأخبار الكثيرة(١) جداً من غير تفصيل وصدق الآية الشريفة(٢)، بل عزل غير العدل تبديل منهي عنه في ظاهرها فتأمّل، وكذا في الخبر الصحيح(٣).

وفي وصيّة أميرالمؤمنين عليه السلام ـ أيضاً ـ اشارة اليه حيث قال: وان حدث بالحسن والحسين عليهما السلام حدث فان الآخر منهما ينظر في بني عليّ فان وجد فيهم من يرضى بهداه واسلامه وامانته فانه يجعله اليه ان شاء(٤) ـ أي الأمر ـ في ماله بعده والأمر الذي اوصى به في امواله.

ولكن فيه تأمّل مّا فتأمّل.

ولايبعد اعتبارها اذا لم يكن وصي ولاشك مع شرط الموصي اياها للخبرين(٥).

ولاشك أنّ مراعات العدالة أحوط ولاينبغي الترك وان احتمل الجواز وقوي فيمن يوثق بديانته فيما فوّض اليه اذا أوصى اليه لما مرّ من الآية(٦) وظهور الاخبار(٧) وان كان مجهولاً أو يحصل منه بعض الفسوق مثل كذب او غيبة في بعض الأحيان.

والظاهر عدم الفرق بين الوصي والأب والجدّ له في ذلك في النظر وان كان في عباراتهم، الفرق بين الوصي وبينهما موجوداً فتأمّل وسيجيء تحقيق المسألة

---

(١) راجع الوسائل باب ٣٢ و٢٣ و٢٤ و٥٠ من كتاب الوصايا ج١٣.

(٢) اشارة الى قوله تعالى: «فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» البقرة ـ ١٨٠.

(٣) يعني صحيح محمد بن إسماعيل المتقدم.

(٤) الوسائل باب ١٠ قطعة من حديث ٤ من كتاب الوقوف والصدقات.

(٥) يعني خبري ابن بزيع ووصيّة أميرالمؤمنين عليه السلام.

(٦) يعني قوله تعالى: «فمن بدله بعد ماسمعه الخ». (٧) المشار اليها آنفاً.

....

في بحث الوصيّة ان شاء الله.

ثم اعلم انه قال الشهيد الثاني في شرح الشرايع: وامّا السفيه فاطلاق المصنف يشمل من تجدّد جنونه بعد الرشد ومن بلغ سفيهاً وهو أشهر القولين في المسألة، ووجهه على مااختاره سابقاً من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ظاهر فيكون النظر اليه، وقيل: ان بلغ سفيهاً فالولاية للأب والجدّ الخ.

وهو غير ظاهر لأنّ الظاهر أنّ القول بثبوت الحجر على السفيه انما يتوجه في سفهٍ حادث بعد البلوغ والرشد، فانه لانزاع على الظاهر في دلالة الآية الشريفة على ثبوت الحجر والمنع في الصبي والسفيه ابتداء من دون حكم الحاكم.

وكذا في انه يزول بزوال اليتم والسفه، لقوله تعالى: «حتى إذا بَلَغوا النِكاحَ فإن آنَسْتُم»، ولهذا سلمت الدلالة على ذلك في شرح الشهيد، ومنعها على الاستدامة، وهو مفهوم من مواضع من التذكرة.

قال فيها: فاذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الآبعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفاً فيه قبل بلوغه، اباً كان، أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً أو امين حاكم، فان عرف رشده انفك الحجر عنه ودفع المال اليه وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر عنه أم يفتقر الى حكم الحاكم وفكّ القاضي؟ الأقرب الأوّل، لقوله تعالى: «فإن آنَسْتُم رشداً فادفعوا»، ولزوال المقتضي للحجر وهو الصبيّ وعدم العلم بالرشد فيزول الحجر ولانه حجر لم يثبت بحكم الحاكم فلا يتوقف زواله على ازالة الحاكم كحجر المجنون فانه يزول بمجرد الافاقة، ولأنّه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فكّ الحجر عنهم من الحكام ولكان ذلك عندهم من أهم الأشياء الخ.

والمصنف فيها قائل بان الحجر لايثبت على السفيه الا بحكم الحاكم ولايزول الا بزواله كما نقلناه عنه.

....

وبالجملة، الظاهر أنه لانزاع في عدم توقف حجر السفيه، على حكم الحاكم اذا كان متصلاً سفهه بعدم البلوغ كما في الجنون وعدم البلوغ، والدليل واضح كما تقدم.

وكذا في عدم توقف زواله عنه عليه وان كان فيه خلاف ضعيف لبعض الشافعيّة مع كون قوله: (الأصح ماتقدم) على مانقله في التذكرة ولعل قوله:(١) (الاقرب) اشارة الى ذلك.

على انه على تقدير تسليم قول المحقق ـ بالتوقف في حجر السفيه وزواله، على حكم الحاكم ـ لايستلزم ذلك كون الولاية له، لجواز ان لايثبت ولايزول الا بحكمه مع كون الولاية والتصرف الى الوليّ، وانما التوقف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فانه المجتهد الجامع للشرائط كما صرّح به هو، كأنه أخذ هذا الاستدلال من التذكرة حيث قال:

الولاية في مال السفيه للحاكم، سواء تجدّد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ منقّصاً (سفيها خ) لان الحجر يفتقر الى حكم الحاكم وزواله أيضاً يفتقر اليه فكأنّ النظر في ماله اليه(٢).

ولاينبغي النظر الى الاستدلال وجعله اصلاً ومذهباً فانه اذا رجح الشيء عند المستدل لأمرٍ، قد يستدل عليه بدليلٍ غير صحيح وهو ظاهر لمن نظر في المختلف والمنتهى وغيرهما.

بل لاينبغي الاعتماد على مجرد ماذكروه، بل وينبغي التأمّل والتفحص، فانه قد يرجع المستدل ويكون له مايدل على خلاف ذلك، ولهذا، مانقلناه عنه آنفاً، ينافي ظاهر هذه فقال ـ بعد هذا متصلاً بالكلام الاول ـ: وقال احمد ان بلغ

---

(١) يعني قول العلامة ره في التذكرة ـ كما تقدم.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٨٠.

ولايمنع من الحج الواجب ويدفع اليه كفايته.

ولامن المندوب ان استوت نفقته في الحالين او تمكّن من التكسب والا حلّله الولي.

الصبي سفيهاً كانت الولاية للأب والجد أو الوصيّ لهما مع عدمهما والّا فالحاكم ولابأس به.

فهذا يدلّ على عدم صحّة الدليل السابق بل المدّعى أيضاً فينبغي تأويل دليله الأوّل إن أمكن، وإلّا فالحمل على الرجوع كما هو الظاهر هنا.

قوله: «ولايمنع من الحجّ الواجب الخ» دليل عدم منعه عن الحج الواجب- وان كان مستلزماً لصرف المال الزائد على علمه- هو عموم أدلّة الوجوب كتاباً(١) وسنة(٢) وإجماعاً من غير تخصيص.

ولكن ينبغي ان يسلّم نفقته ومتاعه الى من يوثق به ممن كان معه ولو بأجرة ويمكن، ان يكون ذلك مراده بقوله: (ويدفع اليه كفايته)، فان الدفع الى وليّه دفع اليه، بل الدفع الشرعي اليه، انما يكون الى وليّه، فقول المحقق الثاني: بل يبعث معه حافظاً فيدفعها اليه، محلّ التأمّل حيث حمل كلامه على تجويزه الدفع الى السفيه الذي لايجوز تصرّفه وتصريفه.

والظاهر عدم منعه من المندوب أيضاً، لمثل مامرّ وان استلزم صرف المال زائداً على الحضر وقد صرّح في شرح الشرايع بعدم النص على ذلك، بل لادليل عليه فتأمّل.

واما الشرط الذي شرطه المصنف بقوله: (ان استوت الخ) فمحلّ التأمّل وخصوصاً بعد الشروع في الاحرام على وجهه وكان جائزاً، لعدم النهي الا عن

---

(١) قال الله تعالى: «ولله على الناس حجّ البيتِ من استطاعَ اليه سَبيلاً» آل عمران- ٩٧.

(٢) راجع الوسائل باب ١ و٢ و٣ و٦ و٨ من ابواب وجوب الحج ج٨ ص٣.

وينعقد يمينه ويكفّر بالصوم.

وله العفو عن القصاص بغير شيئ واستيفاؤه، لا عن الدية.

ويختبر الصبي قبل بلوغه ولايصح بيعه.

صرف المال، وليس ذلك منه، ولايستلزمه، ولكن صار اتمامه موقوفاً على صرف شيء زائداً على نفقته فيحلّ على تقدير عدم جواز صرف المال له على ذلك، وهو ممنوع، فتحليل الوليّ له بأمره بالكفارة ثم الصوم اشدّ اشكالاً من الأوّل، وهو اعرف قُدّس الله سرّه.

ولعلّ وجهه أنه احرام صحيح وهو فقير فيجب الصوم بدل الدم، والكل في محل المنع.

قوله: «وينعقد يمينه الخ» الظاهر أنّه لامانع من انعقاد يمينه ونحوه إذا لم يكن متعلّقاً بالمال ويتعيّن الصوم في كفارته حيث لا تصرف له فيه كالعبد والفقير فتأمّل فيه ويحتمل مع اذن الولي في اليمين مع المصلحة، صرف المال فيها فتأمّل.

قوله: «وله العفو الخ» دليله عموم أدلّة العفو وحسنه من غير اختصاص مع عدم استلزام الحجر، المنع عنه، فانه قابل للاحسان والعفو، ومقتضى الجناية، القصاص عندهم، وليس ذلك تصرف في المال الممنوع منه، وكذا جواز الاستيفاء والقصاص.

واما عدم جواز العفو عن الدية ـ فيما اذا ثبت ـ لانه تصرف مالي ممنوع منه.

قوله: «ويختبر الصبي الخ» قد مرّ البحث فيه فتذكر، وقال في شرح الشرايع: كون الاختبار قبل البلوغ مما لاخلاف عندنا، وكذا في الشرح.

ويدل عليه: «وابتَلُوا اليتامىٰ حتّى إذا بلَغُوا النِكاح»(١)، وقد مرّ بيانه فتأمّل وقد مرّ وجه العدم أيضاً.

---

(١) النساء ـ ٦.

....

واما الصحّة مع اذن الولي بايقاع العقد فينبغي ذلك، ومع عدمه فلا.

ويؤيّد الصحّة عموم الابتلاء(١) المأمور به،فانه يشمله فيدلّ على الصحّة مع عدم دليل المنع وعموم أدلة صحّة العقود فتأمّل.

وقال في التذكرة: ولو اذن له الولي لم يصحّ الا في صورة الاختبار ان قلنا بانه قبل البلوغ على ماتقدم.

وقد اثبت فيما تقدم كون الاختبار قبل البلوغ كما في المتن فيدل على جواز تصرفه وصحّة مافعله حال الاختبار كما هومذهب العامّة أيضاً.

ولكن ينافيه ماهنا وما ذكره قبل هذا الكلام في التذكرة، فانه صرّح بأنّ كيفيّة الاختبار انه يخلّيه ان يساوم ثم اذاآل الأمر إلى العقد، فيعقد الولي دونه لان تصرفه غير نافذ فكيف يصحّ عقده ويفوض اليه ذلك وبه ردّ كلام بعض الشافعيّة.

كأنه أراد بالتصرف غير العقد كما مرّ فكأنه رجع أو أنّ معنى قوله: (لم يصح الخ) إجماعاً أو بغير إشكال الآ في صورة الاختبار فان فيها خلافاً واشكالاً.

وقال في التذكرة هنا وقبله أيضاً: فاذا وقف الحال على شيء باع الولي وباشر العقد.

فالمراد(٢) بالاختبار(٣) المماكسة والمساومة ان قلنا أنه قبل البلوغ وان كان بعده فلا بحث.

ثم قال: وهل يصح بيع المميّز وشرائه باذن الولي؟ الوجه عندي انه لايصحّ ولاينفذ.

واستدل عليه بأدلّة لايخلو كلّها عن ضعف جداً الا قوله تعالى: «ولا تؤتوا

---

(١) اشارة الى قوله تعالى: «وابتلوا اليتامى الخ».

(٢) هذا من كلام الشارح قده (٣) يعني لفظ الاختبار في عبارة المصنف.

....

السفهاءَ اموالكم»(١).

وقال: وانما يعرف زوال السفه، بالبلوغ والرشد.

وفي دلالته تأمّل واضح، اذ قد يعلم الرشد قبل البلوغ، فلهذا يختبر قبل البلوغ على مااختاره، وأنه قد يمنع استلزام عدم اعطاء المال لهم عدم جواز العقود لهم مع اذن الولي وفرض رشده وتمييزه وصلاحيته لذلك بحيث يعرف مايضره وينفعه، ويحفظ ماله على ماينبغي.

ومجرد كونه محجوراً عليه بالإجماع ونحوه، لايدل على عدم الجواز مع اذن الولي، فان العبد المأذون محجور عليه مع جواز تصرفه، وكذا السفيه البالغ.

قال في التذكرة: لو اذن الوليّ للسفيه في التصرف فان اطلق كان لغواً ويمكن كونه حراماً، فان عيّن له نوعاً من التصرف وقدّر العوض، فالأقرب الجواز كما لو اذن له في النكاح، لانّ المقصود عدم التضرر وان لايضرّ نفسه ولايتلف ماله واذا اذن له الوليّ امن المحذور وانتفى المانع وهو احد قولي الشافعي (الى قوله): لانه مكلّف عاقل والتبذير مانع الا مع الاذن (الى قوله) لو وكّله غيره في التصرفات فعندنا يصحّ لان عبارته معتبرة (الى قوله): وكذا عندنا يصحّ أن يقبل الهبة والوصيّة، لحصول النفع الذي هو ضدّ المحذور الخ.

فالظاهر جواز ذلك كلّه في المميّز المذكور، ويؤيّده ماجوّزه الأصحاب وغيرهم من العامّة، من دخول الدار بإذن الأطفال وأخذ الهدية منهم، لعموم الكتاب والسنة والإجماع خرج الطفل الغير المميّز للإجماع ونحوه وبقي غيره، ولأنّ الحاجة ماسّة اليه، وقد يحصل الضرر بمنعه.

والعجب من المصنف رحمه الله انه استدل في التذكرة بقوله تعالى:

---

(١) النساء ـ ٤.

(المقام الثاني) في أحكام المفلّس وهي أربعة.

(الأوّل) منع التصرّف، ويمنع من كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر كالعتق، والبيع، والرهن، والكتابة، والهبة: ولايمنع ممّا لا يصادف المال، كالنكاح، والخلع، واستيفاء

«ولا تؤتوا السفهاءَ اموالكُم»(١) على منع المميّز وقال بالجواز للسفيه مع صراحته في منعه وعدم دلالته على المميّز.

واستدل أيضاً بالقياس الى غير المميّز لجامع عدم التكليف وما استدل، بقوله تعالى: «وابتلُوا اليتامىٰ حتّى إذا بلَغوا النكاح»(٢)، فانه يدل على منع اعطاء المال الى وقت بلوغهم النكاح وهو كناية عن البلوغ.

ويمكن ان يجاب بما تقدم من أنه يدل على الحجر والمنع، وهو لايستلزم جواز التصرف مع الاذن.

وبالجملة عدم جواز تسليم المال اليهم استقلالاً، لايدل على سلب مطلق صلاحيّة العقود وكون عباراتهم لغواً محضاً شرعاً لااعتبار لها وعدم صحّة تصرفهم بنظر الوليّ واذنه.

وكأنه لاإجماع عليه، ولهذا مااستدل به، ويشعر قوله:(٣) الوجه عندي بعدم الإجماع، وهو ظاهر ولايمكن الحكم بالاستصحاب في امثال ذلك ولهذا تركه أيضاً فتأمّل واحتط.

«المقام الثاني في أحكام المفلّس»

قوله: «وهي أربعة الاول الخ» الاول من الأحكام الأربعة للمفلس،

---

(١) النساء ـ ٤. (٢) النساء ـ ٦.

(٣) يعني قول العلامة في التذكرة في عبارته المتقدمة آنفاً.

القصاص، وعفوه، والحاق النسب ونفيه باللعان، والاحتطاب، والاتهاب، وقبول الوصيّة.

ولو أقر بمال فالوجه اتباعه بعد الفكّ.

منع الحاكم اياه، عن جميع تصرفاته الابتدائيّة المتعلّقة بالمال الموجود حال الحجر كالعتق والرهن، والبيع، والكتابة، والهبة.

ولايمنع عن امضاء تصرف سابق أو إبطاله مثل فسخ بيع وامضائه في زمان الخيار أو بالعيب على ماقيل ويقتضيه الأصل.

وكذا عن التصرفات المتعلّقة بغير المال كنكاح المرأة نفسها، بل الرجل أيضاً بشرط عدم ايقاع العقد على المال الممنوع ولاينفق منه أيضاً، وكالطلاق واللعان والخلع واستيفاء القصاص وعفوه والحاق النسب بالاقرار ونفيه باللعان والمتعلّقة به اذا كان بالذمة أو بالعين المتجدّدة بعد الحجر.

وكذا عن كسب المال مثل قبول الوصيّة والاتهاب والاحتشاش والاحتطاب.

لعل دليل الكل الإجماع الا التصرف في المال المتجدّد فانه يجيىء الاشكال فيه.

قوله: «ولو أقر بمال الخ» اي لو أقرّ المفلّس -بعد الحجر- بان في ذمّته مالاً يجب ادائه، فاقراره مقبول، لاقرار العقلاء على انفسهم جائز(١) وثبت في ذمّته ذلك للمقرّ له، ولكن لايأخذ من ماله المأخوذ عنه شيئاً، ولايشارك الغرماء بل يتبع المقر بعد فكّ حجره وأداء الديون التي حجر بها.

والظاهر عدم الفرق بين لزوم ذلك المال بسبب جنايته أو معاملته قبل الحجر وبعده اذا لم يصادف المال المحجور عنه.

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص٢٢٣ رقم ١٠٤ وج٢ ص٢٥٧ رقم٥ وج٣ ص٢٤٢ رقم٧٢.

ولو أقر بعين فالوجه عدم السماع.

ولايتعدى الحجر الى المال المتجدد، على اشكال.

دليله ان المال المحجور عنه صار بسبب الحجر للديان الذين حجر بسبب ديونهم، فلا يمكن ان يتعلّق به غيرها بسبب اقرار المدين فانه بالحقيقة اقرار في حق الغير.

نعم لو ثبت بالبيّنة دين عليه قبل الحجر لابعده ـ وان احتمل ذلك أيضاً ولكنه بعيد ـ شارك صاحبه الغرماء، وكذا لو عرفه الحاكم أو أقرّ به الديان ـ وان أقرّ البعض ـ يمكن المشاركة فيما يتعلّق به خاصّة.

قوله: «ولو أقرّ بعين الخ» وجهه قد تقدم، والظاهر أنّ مراده عدم السماع بالنسبة الى الغرماء فينبغي للحاكم أن يؤخّر تلك العين، فان فضلت من الديون سلمها الى المقرّ له، والا باعها في الديون واغرم المدين مثلاً أو قيمة له مهما قدر، ويحتمل بعيداً السماع ويسلّمها الى المقرّ له.

قوله: «ولايتعدي الحجر الخ» وجه الاشكال أن الأصل عدم الحجر، وان الناس مسلطون على اموالهم عقلاً ونقلاً(١)، وقد ثبت الحجر وعدم التسلط في الموجود حال الحجر بالإجماع، وبقي غيره على أصله.

وأنّ الغرض من المنع صرف المال في الدين وعدم تضييع حق الناس.

وانه قد ثبت وجوب قسمة جميع أمواله في الدين وهو مشترك في الموجود والمتجدد.

والتحقيق أن يقال: ان كان المراد شمول حجر الحاكم لذلك المال ينظر، فان كان كلامه في حجره شاملاً له يتعدّى اليه الحجر مثل ان يقول حجرتك عن

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص٢٢٢ رقم ٩٩ وص٤٥٧ رقم ١٩٨ وج٢ ص١٣٨ رقم ٣٨٣ وج٣ ص٢٠٨ رقم ٤٩.

وله اجازة بيع الخيار وفسخه من غير اعتبار الغبطة، والرد بالعيب مع اعتبارها.

جميع التصرفات المالية، والا فلا، لأنه(١) قد ثبت ان الحجر لابد فيه من حكم الحاكم، وانه قد لايثبت بدونه، فان كان شاملاً ثبت، والا فلا وهو ظاهر.

وان كان المراد انه هل له ان يحجر عن جميع المال الموجود والمتجدد حينئذٍ حتى يؤدى الديون، فالظاهر التعدي، لان دليل الثبوت وشرائطه ثابت.

وان كان المراد هل للحاكم ان يحجره ثانياً في ذلك المال المتجدد أيضاً، فالظاهر التعدي بمعنى ان له الحجر عليه فيه أيضاً بالشرائط المتقدمة، اذ لافرق ولامانع ولايمنع من ذلك ثبوت الحجر أوّلاً على غيره، وهو أيضاً واضح.

والظاهر ان مرادهم غير الأوّل فانه ان كان هو المراد ينبغي الرجوع الى الحاكم الحاجز وان لم يكن ولايعلم كلامه وعدم شموله له، لايتعدّى، للأصل وعدم الدليل، والآ، يتعدّى، وهو ظاهر، فالظاهر التعدي كما هو مختار القواعد والتحرير.

قوله: «وله اجازة بيع الخيار الخ» وجهه التسلّط، والأصل.

وأيضاً قد وجد سبب الفسخ واللزوم وقت عدم الحجر فيوجد سببه، فلا فرق بين وجود الغبطة والمصلحة وعدمها.

ولكن ينبغي ان يكون عدم الغبطة مقيّداً بما اذا لم يصر به سفيهاً، وهو ظاهر معتبر في جميع الأُمور سواء كان في الرد بالعيب وغيره، فالفرق المذكور هنا غير ظاهر.

وقد يختلج بالخاطر ان سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة، وهو حفظ مال الناس وعدم التضييع، فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك

---

(١) بين سطره قده: يتعدى اليه الخ.

....

يمنعه في غيره مع اشتماله على عدم الغبطة خصوصاً بالنسبة الى عدم الفسخ، فانه لايكلّف بشيء أصلاً مع المصلحة له ولغيره، فإنّ فسخه مثلاً يصير سبباً لتضييع مال الديان في الجملة فسند الإجماع هنا أيضاً موجود، ومجرد وجود سببه حال عدم الحجر لايقتضي ذلك مطلقا حتى مع وجود الدليل على عدمه.

وبالجملة ماعرف الفرق بين منعه من البيع بقوله: (لا تبع) وبين منعه من الفسخ بقوله: (لا تفسخ) فان كلّه تصرّف ماليّ موجب لفوت مال الديان في الجملة، بل في الثاني قد تعرض المصلحة لها.

فلا يبعد جعل مدار الأمر ـ في غير الابتداء مطلقا ـ على المصلحة كما في الرد بالعيب، فان الوجه الذي ذكره له في التذكرة بعينه جارٍ في الخيار فانه قال: له الرد بالعيب مع المصلحة، لانه ليس ابتداء تصرف، بل هو من احكام البيع السابق والحجر انما هو عنه.

ولو كانت المصلحة في ترك الرد ـ بان كان قيمته مع العيب اكثر من ثمن المثل ـ لم يكن له الرد لما فيه من تفويت المال بغير عوض كالمريض اذا باع حال صحته بالخيار ثم اختار الفسخ أو الاجازة فانه ان كان التفاوت والمصلحة في عدم مختاره بحسب النقص من الثلث فليس له الخيار فيما ليس فيه مصلحة الآ من الثلث، في التصرف في توابع العقود السابقة كما في نفسها.

والفرق بينهما ـ بان حجر المريض أقوى، لأنّه لايلزم بمنع الوارث حال حياته بخلاف حجر المفلّس فانه يلزم بمنع الديان كما ذكره في التذكرة ـ غير واضح، فان المريض غير ممنوع، بل له أن يتصرف مهما يريد، ولكن للورثة ابطاله في الزائد من الثلث اذا كان محاباة بخلاف المفلّس وقد نقل في التذكرة هذا وجها ثانياً للشافعية وقريب منه وجهه الثالث أيضاً فتأمّل.

واعلم انه ـ بعد ان حكم في المسألة بما في المتن وفرّق بين زمان الخيار والرد

وليس له قبض دون حقه.

بالعيب بان العقد في الأول متزلزل فما صار للمفلّس حتى يتعلّق الدين بالمال فله ان يتصرّف مع الغبطة وعدمها بخلاف الرد بالعيب. قال: ولو قيل: في الرد بالعيب انه لايتقيّد بالغبطة - كما في الخيار - كان وجهاً.

كأنه اشار بضعف الفرق، وليس ببعيد كما ترى، فعدم الفرق أولى، ولكن بان يكون الخيار مثل العيب لاالعكس كما عرفت.

وقد فهم المحقّق الثاني ان قوله(١): (ولو قيل الخ) هو مختار التذكرة وذلك ليس بصريح مع تصريحه بالفرق فيهما كما اشرنا اليه، وفي غيرها مثل المتن، وفرض الرجوع بعيد لان الفصل قليل.

وكذا الحمل على عدم كون ماسبق على قوله: (لو قيل)، فتواه، فانه(٢) ذكره بطريق الفتوى واستدل عليه ثم ذكر مسألة الخيار وذكر في آخرها: (لو قيل) فتأمل فان مثله موجود ولكن لابطريق الشرطيّة، بل بقوله: (لابأس).

قوله: «وليس له قبض دون حقه» يعني لايجوز للمفلّس اسقاط مال ثبت له قبل الحجر حتى انه لو تعيّن الأرش لايجوز له اسقاطه(٣)، وصرّح به في التذكرة، قال: فان منع من الرد بالعيب السابق تصرف أو عيب حادث، لزم الأرش ولم يملك المفلّس اسقاطه لأنه تصرف في مال وجب له بالا تلاف الى غير عوض فهوممنوع من الا تلاف بالعوض، فبغيره اولى(٤).

ولاشك ان هذا أيضاً من لوازم العقد السابق، فهو مؤيّد لما تقدم فافهم.

---

(١) يعني قول العلامة في التذكرة.

(٢) تعليل لقوله ره: (وكذا الحمل الخ) يعني ان هذه الحمل أيضاً بعيد أو غير صحيح.

(٣) من قوله رَه: وصرّح به في التذكرة (الى قوله): اسقاطه ليس بموجود في النسختين المخطوطتين اللتين عندنا، نعم هو موجود في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة موافقتين للتذكرة.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة ج٢ ص ٥٤ من كتاب الحجر.

ولو اقترض أو اشترى في الذمّة لم يشارك المقرض والبائع، الغرماء.

ولو اتلف مالاً بعده ضرب المالك به.

ولو باعه بعد الحجر احتمل تعلّق حق البايع بعين المال ان جهل افلاسه، والصبر بالثمن الى الفكّ، والضرب به مع الغرماء.

قوله: «ولو اقترض الخ» ظاهر هذا الكلام مشعر بكون القرض والبيع بعد الحجر فينبغي تقييده بما اذا كان المقرض والبايع جاهلين، لما سيأتي من قوله: (ولو باعه الخ) والظاهر عدم الفرق بين القرض والشراء ويحتمل في القرض تعين جواز الرجوع الى العين لانه لايتأجل فتأمل وان حمل على ماقبل الحجر فيحمل قوله: (لم يشارك الخ) على اختصاصهما بعين مالهما مع الوجود والمشاركة مع العدم، وهو بعيد، وبالجملة، العبارة لاتخلو عن شيء.

قوله: «ولو اتلف مالاً الخ» دليله أنه غريم، فيثبت له مالغيره، لعموم الخبر الدال على الضرب(١)، ولأدلّة(٢) وجوب عوض المتلف.

وفيه تأمّل لتعلّق حق الغرماء على الاعيان، فكأنها صارت لهم ولامال للمفلّس المتلف فتأمّل.

قوله: «ولو باعه بعد الحجر الخ» وجه احتمال تعلّق(٣) البايع بالعين، عموم دليل الرجوع اليها وهو قوله عليه السلام: صاحب المتاع أولى به(٤).

---

(١) راجع الوسائل باب ٥ حديث ٤ وباب ٦ حديث ١ من كتاب الحجر ج١٣ ص١٤٦-١٤٧.

(٢) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب ج ١٧ ص ٣١٣ وباب ١٧ من كتاب الاجارة ج١٣ ص٢٥٥.

(٣) هكذا في النسخ كلها مطبوعة ومخطوطة، ولعل الصواب هكذا: (تعلق حق البايع الخ).

(٤) لم نعثر عليه بهذا اللفظ في كتب الحديث نعم في عوالي اللآلي ج٢ ص٢٥٦: من وجد متاعه فهو ←

ولا يحلّ المؤجّل بالحجر.

ويقدم على الديون أجرة الكيّال والحمّال وما يتعلّق بمصلحة الحجر.

ولو أقام (المفلس خ) شاهداً بدين حلف ويأخذ الغرماء، فان نكل فليس للغرماء، الحلف.

(الثاني) اختصاص الغريم بعين ماله.

وقد يدفع بان ذلك -على تقدير الصحّة، والعموم- مخصوص بما اذا لم يكن حق الغير متعلّقاً به وقد تعلّق هنا حق الغرماء، وهو وجه الثاني(١) وموجب لضعف الثالث(٢).

ويضعّفه أيضاً انه لو كان غريماً حكمه حكم الغرماء السابقين لكان القول بالرجوع الى العين متعيّناً، وهذا حال الجهل.

واما حال العلم، فالظاهر عدم الاشكال في عدم الاحتمال الا للثاني.

قوله: «ولا يحل المؤجل بالحجر» وجهه ظاهر، وهو الأصل والاستصحاب مع عدم ثبوت كون الحجر موجباً للحلول.

قوله: «ويقدم الخ» وجهه أيضاً ظاهر.

قوله: «ولو أقام (المفلس خ) شاهداً الخ» وجه حلفه مع شاهد، ظاهر، فانه حق له يثبت بهما كسائر الحقوق.

والظاهر جواز النكول وعدم تكليف الحلف، للأصل، وعلى التقدير لا يحلف الغرماء، اذ لا يمين لا ثبات حق الغير، كأنه مجمع عليه، فتأمل.

احق بها وفي ج٣ ص١٨٤: من وجد ماله فليأخذه - كما ان ماهو بمضمونه قد ورد في احاديث أهل البيت عليهم السلام أيضاً فراجع الوسائل باب٥ من كتاب الحجر ج١٣.

(١) وهو قوله قده في المتن: (والصبر بالثمن).

(٢) وهو قوله قده: (والضرب به مع الغرماء).

وانما يرجع البايع في العين مع تعذّر استيفاء الثمن بالافلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع.

قوله: «وانما يرجع الخ» هذا هو الحكم الثاني للمفلّس،وهو رجوع البايع الى عين ماله.

والظاهر ان المراد برجوع صاحب العين اليها فسخ العقد الذي كان موجباً لملكيّة المفلّس وأخذها.

قال في التذكرة: الفسخ قد يكون بالقول مثل فسخت البيع ونقضته ورفعته، وقد يكون بالفعل كما لو باع صاحب السلعة سلعته أو وهبها أو وقفها، وبالجملة اذا تصرف فيها تصرفاً يدل على الفسخ كوطي ا لجارية المبيعة على القويّ، صونا للمسلم عن فاسد التصرفات، ويكون هذه التصرفات تدل على حكمين، الفسخ، والعقد.

وفيه تأمّل كما في عتق العبد المأمور بعتقه بصيغة العتق.

ولايبعد الاكتفاء فيما نحن فيه بقصد الفسخ والتملك وتصرف ماقبل العقود، والامور التي تحتاج الى الملك مثل البيع والوطء نحو الانتقال من مكان الى آخر في الحيوان.

ويمكن الاكتفاء بمثله في سائر الفسوخ، بالعيب او الخيار، بل الاقالة أيضاً بشرط رضا المقيل والتصرف باذنه والفسخ برضاء الطرفين فتأمل.

ثم ان المشهور انه مشروط بشروط ثلاثة، تعذر استيفاء تمام ثمن العين الذي في ذمّة الغريم الا من العين، وكونه مفلّساً، ومحجوراً عليه لفلسه.

ويمكن الاكتفاء عنه، لانه المفروض، ولكن ذكره للمبالغة، فلو كان في المال وفاء مع كونه مفلساً ـ بان نما المال بعده أو وجد مالاً آخر أو صار قيمة السوق اغلى من وقت الحجر ـ لارجوع له الى العين، اذ سبب الرجوع انما هو تعذر الثمن وقد امكن هنا.

ولو قدمه الغرماء، فله الرجوع لاشتماله على المنّة وتجويز ظهور غريم آخر ولا رجوع لو تعذّر بامتناعه، بل يحبسه الحاكم أو يبيع عليه، وانما يرجع اذا كان الثمن حالاً ويرجع وان لم يكن سواها مع الحياة، وله الضرب بالثمن مع الغرماء، ولا اختصاص مع الموت الآ مع الوفاء، ولو وجد البعض أخذه وضرب بثمن الباقي.

قوله: «ولو قدمه الغرماء فله الرجوع الخ»(١) لما ذكره المصنف، ولعموم دليله الذي يأتي.

وكذا لا رجوع وان كان قادراً على الرجوع على العين لو كان الغريم غير مفلّس محجور عليه لفلسه وان تعذر الاستيفاء أو امتنع عن الأداء قادراً كان ام لا فيحبسه الحاكم في الاول حتى يوفي أو يبيع ماله ويوفي عنه على ماذكر.

ويمكن الاستيفاء مقاصّة بشروطها على تقدير تعذر الحاكم، والصبر أولى كما يصبر في صورة عدم القدرة الآ ان يكون في صورة له خيار الفسخ ولو كان بشرط الحلول في العقد كما عرفت فتذكر وتأمّل، وكون(٢) ماله حالاً حين الحجر، اذ لو كان مؤجلاً حينئذٍ لا رجوع له، لان العين وغيرها قد تعلّق بهما حق الغرماء الذين حجر بسببهم وصاحبها ليس منهم بل وجوده كالعدم فتأمّل.

والظاهر أنّ رجوعه على سبيل الجواز فله ان يترك ويشارك الغرماء رضوا أم لا.

وأنه يرجع حال حيوة المفلّس مع عدم الوفاء لباقي الديون أيضاً، ولعلّه بلا

---

(١) هكذا في النسخة المطبوعة، واما في النسخ المخطوطة التي عندنا فبعد قوله قدس سرّه: وقد امكن هنا هكذا: واما لو قدمه الغرماء فله الرجوع لما ذكره المصنف الخ.

(٢) الظاهر انه عطف على قوله قده: عدم القدرة يعني في صورة عدم القدرة وفي صورة كون ماله حالاً، والله العالم.

....

خلاف.

ومستنده صحيحة عمر بن يزيد ـ الثقة على الظاهر لان (الثقة)، هو المذكور في الفهرست ومذكور في كتاب الشيخ والنجاشي أيضاً، ولان طريق الشيخ اليه صحيح في الفهرست، والى الصدوق وطريقه اليه صحيح في الفقيه، ولأنه هو من رجال الكاظم عليه السلام دون غيره الّا أنّ في التهذيب عمرو بن يزيد، وهكذا ذكره في موضع من التذكرة أيضاً لكن قال في موضع آخر: (رواه عمر بن يزيد بغير واو في الصحيح) فالظاهر أنه بغير واو ثقة وغيره غلط في النسخة ـ.

عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لايحاصّه الغرماء(١).

وكأنّه خصّ ـ بالمحجور عليه للفلس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر وحياته ـ بالإجماع لو كان أو الشهرة، وللاشعار فيها بكونه محجوراً للفلس حال الحجر لقوله: (يركبه) و(لايحاصّه) بل بالحياة أيضاً لكونه عنده فتأمّل.

وظاهر قوله عليه السلام: (لايحاصّه) يدل على عدم الوفاء.

ويدلّ عليها صحيحة أبي ولاد ـ الثقة على الظاهر ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله واصاب البايع متاعه بعينه، له أن يأخذه اذا خفي (حق خ ل ثل) له؟ قال: فقال: ان كان عليه دين وترك نحواً ممّا عليه فليأخذ: ان خفي (حق خ ل ثل) له، فان ذلك له حلال ولو لم يترك نحواً من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصّته ولاسبيل له على المتاع(٢).

---

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٥.
(٢) الوسائل باب ٥ حديث ٣ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٦.

....

فدلت على ان المفلّس أيضاً لو مات لايختصّ صاحب العين بها الا مع الوفاء، لاطلاقها مع عدم التفصيل في الجواب وعدم الدليل العامّ للرجوع الى العين، الذي هو خلاف القواعد، من وجوب الايفاء بالعقود ولوازمها بالنصّ والإجماع.

بل يمكن تخصيصها بالمفلّس لاشعار قوله: (يأخذ بحصّته) على تقسيم ماله على الغرماء وذلك في المفلّس.

وكأنه الى هذا نظر البعض، وقال باختصاص الحكم بالمفلّس حين الموت أيضاً، فان صاحب العين لايختصّ بها في غيره مطلقا.

والفرق بين حال الحياة والموت ـ بانه يمكن تحصيل شيء للغرماء في الحيّ بخلاف الميّت ـ غير واضح فإنه موجب لفوات بعض مال صاحب العين أيضاً فتأمّل.

ويمكن كونها في الميّت مطلقا، فانه يحلّ ديونه فيقسّم ويحصص مع عدم الوفاء، ومعه يقدّم صاحب العين للفرق المشار اليه.

ولكنها ليست بصريحة والرجوع الى العين خلاف القواعد، فيمكن الاقتصار على محلّ الوفاق وظهور الدليل بل منع البعض في المفلّس حال الحياة الا مع الوفاء.

ولعلّ الرواية الاولى(١) حجة عليه ولا تدل الرواية الثانية على مطلوبه لتخصيصها بالميّت وليست بموجبة لحمل الاولى على الميّت والوفاء، لعدم المنافاة، ولظهور الرواية الاولى في عدم الوفاء لما مرّ.

وتدل الأخيرة على حلول ديون الميّت، المؤجّلة بالموت، وأنّ أخذ العين جائز لاواجب متعين، وأن مال الميّت المديون يقسم على الغرماء بالحصص فليس على

(١) يعني رواية عمر بن يزيد المتقدمة.

....

الوارث الوفاء من ماله.

ويمكن فهم كون التركة ملكاً للميّت، وأنه يؤخذ بطريق الوفاء فلا ينتقل الى الغرماء، ولاإلى الورثة.

وعلى(١) أنه اذا كان غير العين يفي بمال الغرماء، له أخذ العين مطلقاً، وينبغي تقييده بما اذا لم يكن قيمة العين الآن زائداً على دين صاحبها، فان الظاهر انه حينئذٍ للورثة، وللغرماء منعه واعطاء دينه، بل في المساوي والناقص أيضاً محتمل صوناً للقواعد فتأمل فتحمل الرواية على عدم اعطاء حق صاحب العين أو على الناقص أو على المساوي أيضاً.

قال في التذكرة: الاقرب عندي أنّ العين لو زادت قيمتها للسعر لم يكن للبايع الرجوع فيها (الى قوله): ولو اشترى سلعة بدون ثمن المثل لم يكن للبايع، الرجوع لما فيه من الاضرار.

وذكر الدليل الذي اشرنا اليه، من الأصل، وعدم الخروج عن القوانين الا في محلّ الوفاق والدليل، وليس هذا منه، ولانعلم شمول الروايتين له هذا فتأمّل.

وفي ظاهر الروايتين دلالة على ان مجرّد الأخذ بقصد الرجوع كافٍ للرجوع والتملك فافهم وقد مرّ اليه الاشارة، فتذكر.

ويمكن فهم عدم الفوريّة كما هو قول البعض في المسألة لانه اذا ثبت أنّ له الأخذ فالأصل بقائه حتى يعلم زواله، وأيضاً يشعر عدم ذكر الفوريّة بذلك، ولان (ان خ ل) الأمر ليس لها(٢) عند اكثر المحققين.

ولكن ينبغي امّا الترك فيقسّم على الغرماء أو الأخذ ويقسم الباقي ليعلم حال المفلّس ولايعلّق حاله وحال الغرماء.

---

(١) عطف على قوله قده: على حلول الخ.

(٢) يعني للفوريّة.

وكذا لو تعيّبت بعيب استحق ارشه، ضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لابأرش الجناية، ولو كان من قبله تعالى أو بجناية المفلّس أخذ العين بالثمن أو ضرب.

والمصنف على الفوريّة، وهو محتمل، للاختصار في خلاف القواعد على المتيقن، ولئلا يحصل الضرر.

والظاهر انه لو بقي له بعض الثمن ووجد عين ماله، له أخذ بعضه بالحساب كالكلّ، كما انه لو وجد بعض ماله، له أخذه بالحساب والضرب بالباقي، واليه اشار بقوله: (ولو وجد البعض أخذه وضرب بثمن الباقي) كأنه لاخلاف عنده واشار به الى ردّ قول بعض العامة.

قوله: «وكذا لو تعيّبت الخ» أي لو تعيّب العين عند المفلّس ـ بأن جنى عليه جان بحيث استحقّ به أرشه، مثل أن كان عبداً يسوى مأتين الآن وقد اشترى بمأة وقد قطع أحديده وأرش اليد نصف قيمة العبد ـ أخذ المالك العبد وضرب بخمسين مع الغرماء ويأخذ المفلّس من الجاني خمسين آخر، يكون للغرماء فهو يرجع بالارش المعهود عندهم، فان المساهلة قد وقعت والزيادة كانت حين الجناية، فهي للمفلّس فلا يرجع المالك الا بنسبته الى الثمن كما في سائر الاروش.

فلا يرجع أرش الجناية ـ وهو المأة ـ فيجمع بين العوض والمعوّض، ولاالى نقصان قيمته لو نقص قيمته بشيء مااستحق به المفلّس الأرش مثل نقص في السوق أو عيب من الله تعالى من غير جناية لأحد أو جناية المفلّس، للأصل(١) والضرر، ولأنّه لايجبر عليه فامّا ان يرضى بالعين الناقص أو يضرب بخلاف الأوّل، فانه جنى عليه جان فيأخذ منه ولايروح من المفلّس شيء.

فتأمّل فان القول بالأرش المعهود دائماً يستلزم ضرراً فانه قد يكون العبد

---

(١) تعليل لقوله لايرجع الى نقصان.

....

يسوى الآن مأة وقد اشترى بمأتين وقطع يده الجاني فيلزم حينئذ أخذ المأة من المفلّس مع أنه ماأخذ من الجاني الا خمسين.

فالقول بأنه يضرب بجزء الثمن بأرش الجناية مطلقا محل التأمّل كالعكس فالمناسب أقل الأمرين فتأمّل.

ثم اعلم ان القول بعدم الرجوع الى الأرش اذا كان بآفة من الله تعالى أو من المفلّس، هو المشهور.

وقيل: بالرجوع هنا أيضاً مطلقا، وهو مذهب المختلف والمحقّق الثاني والشهيد الثاني، لأن الأخذ فسخ للعقد عن رأس، فيلزم كون المبيع للمالك، فان كان باقياً بجميع أجزائه، والاّ فيأخذ عوضه كما في العبدين اذا تلف احدهما.

وفيه تأمّل، لأن الرجوع على خلاف الأصل والنص كتاباً(١) وسنةً، والإجماع واقتضى نص آخر(٢) الرجوع الى نفس العين الباقية لاغير، وفسخ العقد لايستلزم ذلك خصوصاً قد صرّح في شرح الشرايع، والتذكرة ان الفسوخ انما تبطل العقد من حين وقوعه لامن رأسه، كما أنه لايستلزم كون النماء للراجع، اذ قد يحكم الشارع بفسخه، والرجوع بنفسه، لابجميع مايلزم اذا كان له، فانه قد سلط المفلّس عليه من غير لزوم شيء عليه الا الثمن.

والفرق بينه وبين فوت جزء ينفرد بالبيع ـ مثل العبد والعبدين، واضح، فان كل منهما مبيع وماله حقيقة ـ، بخلاف الأرش، بل لولاالإجماع على رجوع الارش اذا كان الجاني اجنبياً، لكان القول بعدمه أيضاً جيّداً، لما مرّ.

على أنه قد يفرق بحصول ضرر هنا على المفلّس ـ ولهذا لايأخذ منه اكثر ممّا

---

(١) وهو عموم ادلة اللزوم مثل اوفوا بالعقود، وتجارة عن تراض واحلّ الله البيع.

(٢) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ وباب ٦ حديث ٢ من كتاب الحجر ج١٣ ص١٤٥ـ ١٤٧.

والنماء المنفصل للمفلّس، ولو كان متصلاً، فالوجه سقوط حقه من العين.

أخذ ـ وعدمه في الاجنبي وبالجملة الفرق بين الاقسام الثلاثة ظاهر فتأمّل.

واما جناية البايع فيحتمل كونها كالاجنبي وكالآفة السماوية فتأمّل.

قوله: «والنماء المنفصل الخ» وجه كون النماء المنفصل من المفلّس ـ فلا يرجع به لو رجع المالك بالعين ـ هو كونه نماء ملكه، والأصل بقائه له وعدم استحقاق أحد له ولايستلزم ماثبت له من الرجوع بالعين، الرجوع بالنماء أيضاً وهو ظاهر.

ويؤيّده ان الرجوع خلاف القواعد فيختصر على المتحقق، قيل: لافرق بين الحمل والمنفصل، وبين المحلوب وما في الضرع من اللبن.

واما وجه سقوط حق المفلّس عن النماء المتصل بالعين مثل السمن والصوف(١) والصنعة (الصفة خ) فهو أنه بمنزلة جزء العين، والرجوع الثابت له بالعين بالدليل ، مستلزم لذلك ، ولهذا ترك في الرواية (وما فصل).

ويحتمل كون الزيادة له فيأخذ قيمته من صاحب المال أو يكون شريكاً بالنسبة، للأصل وعدم الخروج عن القواعد الا في محلّ المتفق والمتيقن.

وذلك حسن فيما اذا زاد على اصل مال صاحب العين الذي يطلبه من المفلّس.

وكأنّه لذلك قال في الشرايع: فزادت قيمته لذلك قيل: له أخذه وفيه تردد(٢).

---

(١) هكذا في النسخة وفي الشرايع: كالسمن او الطول بدل (الصوف).

(٢) عبارة الشرايع هكذا: ولو كان النماء متصلاً كالسمن أو الطول فزادت لذلك قيمته قيل: له أخذه لان هذا النماء يتبع الأصل وفيه تردد (انتهى).

ويقدّم حق الشفيع ويضرب البايع بالثمن.

ويفسخ المؤجر وان بذل الغرماء الأجرة، ولو أخذ بعد الغرس بيعت الغروس وليس له الازالة بالأرش.

ونقل في شرحه: أنه مختار جماعة منهم العلاّمة في المختلف وابن الجنيد ان الزيادة المتصلة للمفلّس ويكون شريكاً بالنسبة(١).

لعلّ مراده ماقلناه.

(ويحتمل سقوطِ الرجوع من العين، فيضرب مع الغرماء، للأصل ولزوم الضرر، ويمكن حمل المتن عليه، فتأمّل خ).

قوله: «ويقدم حق الشفيع الخ» وجهه أيضاً ظاهر، وهو تقدم استحقاق الشفعة على استحقاق الرجوع الى العين فانه تثبت الشفعة بمجرّد وقوع البيع مع شرائطه فالعين المشفوع فيه بمنزلة التالف، فلا رجوع لمالكها لعدم بقائها كما اذا تلف أي مابقي في يد المشتري فيضرب البايع بالثمن الذي وقع به العقد مع الغرماء ويأخذ الشفيع العين، نعم لو لم يأخذها بالشفعة يكون للمالك ثبوت الرجوع بالعين، ولعلّك فهمت وجه عدم اختصاص صاحب العين بثمن الشفيع وهو ظاهر.

قوله: «ويفسخ المؤجر الخ» رجوع المؤجر الى العين المستأجرة بابطال الاجارة وان بذل له الأجرة، مثل رجوع البايع الى العين المبتاعة وان بذل له الغرماء الثمن ولعل دليله ـ وهوالخبرالمتقدم: (لانه متاعه)(٢) ـ يشمله أيضاً، ولان البذل قد

---

(١) هكذافي النسخ كلها،لكن عبارة المسالك هكذا: وذهب جماعة منهم العلامة في المختلف وابن الجنيد الى ان الزيادة للمفلّس، فان رجع البايع في العين يكون شريكاً للمفلّس بمقدار الزيادة (انتهى) (المسالك ج١ ص٢٤١).

(٢) راجع الوسائل باب ٥ حديث٣ من كتاب الحجر ص١٤٦ وقوله قده: (لانه متاعه) ناسباً ذلك الى الرواية، نقل بالمعنى.

ولايبطل حقه بالخلط بالمساوي والأردى، ويضرب بالثمن لو خلط (خلطه - خ) بالاجود.

يستلزم منةً، ويحتمل ظهور غريم آخر لايقبل ذلك فتأمّل، فلو أخذ الأرض المؤجرة بعد غرس المفلّس إياها، فانه لايمنع من أخذ العين بيعت (بتبعة خ)(١) الغروس في الدين، وليس لمالك الارض ازالة الغروس ولو بالأرش، نعم له اجرة المثل مع البقاء مادام باقياً.

ويمكن ان يكون له الازالة بالأرش على تقدير الضرر بالبقاء والامتناع من الازالة وعدم الحاكم.

قوله: «ولايبطل حقه الخ» لايمنع خلط العين بغيرها بحيث صارت ممزوجة غير ممتازة، من رجوع المالك اليها، سواء مزجت بالمساوي أو الأردى فيكون شريكاً بنسبة ماله بخلاف مالو مزجت بالأجود، فانه بمنزلة التلف، اذ يلزم له الزيادة على حقّه لو رجع بالعين وشرك.

ويمكن اثبات الرجوع، لعموم دليل الرجوع، اذ لاشكّ في وجود العين.

ويمكن دفع الضرر والزيادة بتقويم مال البايع والمشتري فيكون شريكاً معه بنسبة القيمة في العين، بل ينبغي ذلك في الاردى أيضاً.

ولعلّ مراد المصنف بالضرب في الاجود نفي الرجوع بالعين بمقدارها لانفي الشركة باعتبار القيمة أيضاً مثل صورة المساوي والاردى.

لكنه بعيد، فلو رضي باعتبار القيمة، لايبعد ذلك وان لم يكن فتوى المصنف فانه بعيد عن عبارته.

كما انه يبعد ارادة الاشتراك قيمة في العين في الأردى.

وبالجملة ان كان النظر الى البقاء عرفا -وليس- فلا ينبغي الرجوع حينئذٍ

---

(١) هكذا في النسخ - ولعل الصواب اذا بيعت الغروس في الدين.

ولو نسج الغزل فله العين، وللغرماء الزائد بالعمل، وكذا لو صبغه أو عمل فيه بنفسه.

مطلقا والا فينبغي الرجوع في الكلّ، ويمكن دفع الضرر من الجانبين بما ذكرناه.

ولعلّ المصنف رجّح جانب المفلّس في الأردى فانه لايذهب من صاحب الحق شيء فانه ان لم يردّ لايأخذ ويضرب والأصل والقاعدة تقتضي عدم الرجوع الا فيما ظهر صدق النص المتقدم(١) وليس ذلك بظاهر مع المزج والتغييرات، فانه لايقال: عرفاً أنّ المتاع الممزوج بالآخر باق بعينه، وانه خفيّ، وهما موجود ان في الروايتين(٢).

وقد يختلج في الخاطر، العدم في نحو النسج -أيضاً- فلو وجد القائل لم يبعد القول به فتأمّل.

ويفهم من ظاهر شرح الشرايع الاجماع عندنا حيث قال: لايسقط(٣) الرجوع عندنا في النسج ونحوه من جعل الخشب الواحاً أو الحنطة طحينا وخبزاً، فتأمّل.

قوله: «ولو نسج الغزل الخ» يعني لو نسج مشتري الغزل وجعله كرباساً وثوباً، او صنع (صبغ خ) مااشترى من الخاتم أو عمل فيه بنفسه عملاً له قيمة مثل القصارة والصنعة (والصبغة خ) وغير ذلك ثم أفلس وحجر عليه الحاكم، فلصاحب العين الرجوع الى عينه، لما تقدم من الدليل، ويدفع ضرر المفلّس بان يجعل الزائد له فيباع تلك الزيادة بقيمتها في ديون الغرماء فيمكن ان ينظر الى اجرة النسج

---

(١) وهو قوله عليه السلام: اذا كان المتاع قائماً بعينه رد الى صاحب المتاع- الوسائل باب٥ حديث١ من كتاب الحجر ج١٣ ص١٤٥.

(٢) البقاء بعينه في مرسلة جيل، والخفاء في صحيحة أبي ولاد راجع الوسائل باب٥ حديث٢ و٣ من كتاب الحجر.

(٣) لايخفى ان هذا الكلام منقول بالمعنى والافعين عبارة المسالك ليست كذلك فراجع.

ويتخيّر المشتري سلماً في الضرب بالقيمة أو الثمن.

وللبايع أخذ المستولدة، وله بيعها دون الولد.

والصبغ والعمل فيؤخذ أو يقوّم كلّ واحد من الأصل والعمل على حدته ويكونان شريكين في العين مع الوصف بالنسبة، كأنه الا عدل ان علم ان التفاوت منهما معاً.

هذا كله فيما زاد وأمّا مع عدم الزيادة فلا شيء للعاملة، والظاهر انه لو نقص فليس على المفلّس الجبر كما تقدم.

قوله: «ويتخيّر المشتري الخ» الظاهر ان مراده أنه على تقدير عدم وجدان عين مال المسلم المشترى الذي سلّمه الى بايع السلم فانه معه يتخيّر بين الرجوع والضرب كما تقدم وتعذر(١) حصول المسلم فيه في زمانه مع حضور الحجر حينئذٍ ـ فانه لو وجد المسلم فيه ويعطى فلا خيار له ـ بل يأخذه بعينه ان كان الكل أو البعض ويتخيّر ـ في الباقي أو الكلّ على تقدير العدم بالكلّية ـ بين فسخ السلم والصبر، لما تقدم في بحث السلم انه مع التعذر تخيّر بينهما.

فان فسخ ضرب مع الغرماء بالثمن الذي أسلم به.

وان اختار الابقاء والصبر ـ والفرض انه محجور عليه ـ فكلّ يطلبه حقّه والفرض عدم امكان حصول المسلم فيه ولو بالشراء بضرب قيمة المسلم فيه ذلك الوقت.

والعبارة لاتخلو عن إجمال ولعلّ المراد، بناءً على ماتقرّر.

قوله: «وللبايع اخذ المستولدة الخ» وجه عدم جواز بيع ولد المفلّس، ظاهر فانه حرّ.

وامّا وجه جواز أخذها لبايعها وجواز اعطائها له، فهو أنه يجوز (له خ) بيعها

---

(١) عطف على قوله: عدم وجدان عين الخ يعني على تقدير تعذر حصول الخ.

ويتعلّق حق الغرماء بدية الخطأ والعمد ان قبل ديته.

في ثمن رقبتها وأخذها في ثمن رقبتها يفسخ بيعها مؤيّداً بعموم جواز أخذ عين المال للغريم، واذا أخذها يفعل بها مايريد من البيع وغيره.

واما أنه هل يجوز (له خ) بيعها على تقدير عدم الرجوع والفسخ، فيمكن ذلك، لأنه بيع في ثمن الرقبة.

ويشكل ذلك بأنه ليس كلّها يصرف في ثمن رقبتها فيمكن جواز ذلك المقدار فقط، والكلّ أيضاً، لانه بيع في الثمن الا أنّ للبايع شريكاً يأخذ، خصوصاً اذا لم تبتع الا الكلّ، وعدم البيع بالكلّية لعدم حصول الوفاء بثمن الرقبة.

ويمكن الاختصاص حينئذٍ أيضاً فتبتاع في ثمن رقبتها ويخصّص (ويختصّ خ) صاحبها بالثمن، لأنّ دينه المجوّز لبيعها، فتكون هذه أيضاً صورة لاختصاص غريم ببعض الزيادة فتأمّل.

ويظهر من التذكرة أن العين اذا كانت من المستثنيات في الدين مثل جارية، أو عبد، أو دابّة، أو دار، أو قوت يوم وليلة، لايكلّف بالاعطاء، وليس له الأخذ لعموم دليل الاستثناء فيمكن منع بيع ام الولد واعطائها اذا كانت منها.

قوله: «ويتعلّق حق الغرماء الخ» وجه تعلّق الديون ـ بدية الخطأ على نفس المفلّس، وكذا العمد بعد قبول الدية ـ هو أدلّة جعل الدية من جملة التركة وفي حكم مال المقتول كما هو المقرر عندهم وسيأتي في محلّه، والظاهر انه لاخلاف فيه.

ويدل عليه الخبر، مثل رواية عبدالحميد بن سعيد ـ في باب الديون ـ قال: سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام (الى ان قال): انما أخذوا الدية فعليهم ان يقضوا عنه الدين(١).

---

(١) هذا الحديث منقول بطرق مختلفة مع اختلاف الفاظه في الجملة وما اشار اليه الشارح قده متنه هكذا: عن عبدالحميد بن سعيد قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك ←

ولايثبت الفسخ الا في المعاوضة المحضة كالبيع والاجارة.

ولو كانت الدابة في بادية نقلت الى مأمن باجرة المثل مقدمة على الغرماء.

ولايضرّ عدم التصريح بتوثيق عبدالحميد بن سعيد ـ مع كونه مصنفاً، صاحب كتاب ـ، لأنّها مؤيّدة فتأمّل.

قوله: «ولايثبت الفسخ الخ» يعني انما يثبت الفسخ للبايع فيما يوجد عين ماله عند المفلّس بعد الحجر اذا كان سبب انتقاله اليه معاوضةً محضةً، مثل البيع والاجارة، والهبة المعوّضة والصلح وغيرها لاغير المعاوضة أصلاً مثل الهبة الغير المعوّضة، ولاما فيه شائبة المعاوضة مثل النكاح والخلع على معنى أنّ المرأة لا تفسخ النكاح بتعذّر استيفاء الصداق بالفلس، ولاالزوج بفسخ الخلع به، ولاالعافي عن القصاص بالصلح على المال بعذر (يعذرخ) (يتعذّرخ) ذلك به.

كما أن ليس للزوج فسخ النكاح اذا لم تسلّم المرأة نفسها.

وكأنّ كل ذلك مجمع عليه عند الاصحاب كما يفهم من التذكرة، والاصل، والقواعد يقتضيانه.

قوله: «ولو كانت الدابة الخ» لعلّ مراده أنه لو كانت العين المستأجرة دابة، عليها حمل متاع أو نفس محترمة كالمفلّس وفسخ صاحبها الاجارة في بادية غير مأمون من الضياع ورجع الى عينه، نقلت مع حملها الى المأمن بالاجرة مقدمة على ديون الغرماء، لانه اما لحفظ النفس أو لمصلحتهم كاجرة الكيّال والوزّان ويجبر صاحب العين على ذلك لئلايفوت على المفلّس شيء مع عدم الضرر عليه اذ يأخذ الأجرة.

ويحتمل ان يكون المراد اذا كانت الدابة من عين مال المفلّس وهي في

مالاً فأخذ اهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قال: قلت: وهو لم يترك شيئاً؟ قال: انما الخ. الوسائل باب ٢٤ نحو حديث١ بالطريق الخامس من كتاب الدين ج١٣ ص١١٢.

ولو زرع ترك بعد الفسخ باجرة المثل مقدمة على الغرماء.

ولو أفلس الموجر بعد تعيين ماآجره فلا فسخ، بل يقدّم المستأجر

بادية يخاف هلاكها نقلت الى المأمن بالأجرة المتقدمة لتسلم عن الهلاك وتصرف في الديون، وهو اقرب الى اللفظ ويبعد عما نحن فيه.

وعلى كلّ تقدير لايسلّم ماله الّا الى الحاكم، ومع التعذر يحفظه حتى يوصله اليه، ويمكن تسليمه الى العدل ليوصل مع الضرورة، والحفظ والاعلام أولى ان امكن لئلا يحصل التصرف بالنقل من غير اذن.

بل قد يخطر بالبال عدم جواز ذلك في مال له صاحب وكان بيد المستعير او الودعي فأخذه ليوصله الى أهله أو بعث إليه الّا أن يكون مأذوناً بوجه، فتأمّل.

قوله: «ولو زرع ترك الخ» أي لو كان العين أرضاً مزروعة فان كان وقت الحصاد، فمعلوم أنه بعد فسخ صاحبها يكلّف المفلّس بالحصاد، وقبله لايكلّف بالقطع قصيلاً الّا ان يكون من ذلك الجنس، ولايجوز له القلع والازالة أيضاً بالارش وغيره، بل يجب عليه الصبر باجرة الى أو انه لئلا يحصل ضرر على أحد.

وقد أشار المصنف ـ بقوله(١): (وليس له الازالة بالأرش) ـ الى انه يجب عليه الابقاء.

ولكن الظاهر ان له ذلك مع الأرش، وكذا الزرع فلا فرق عند المصنف بين الزرع والغرس.

المراد بالأرش على تقديره أن يقوّم الغرس باقياً (الى أن يفني خ) مستحقاً للبقاء في الأرض بالاجرة، ومقلوعاً والتفاوت هو الأرش، فتأمّل.

وهذه الاجرة مقدّمة على الديون لانه لمصلحتها وكذا البناء.

قوله: «ولو افلس الموجر الخ» وجه عدم فسخ المستأجر ـ ما استأجره

---

(١) يعني فيا تقدم فلاحظ.

بالمنفعة لتعلّق حقه بعين الدار.

ولو كانت الاجرة (الاجارة خ) واردة على مافي الذمّة فله الرجوع الى الاجرة مع بقائها.

(الثالث) قسمة امواله، ويبادر الحاكم الى بيع المخشى تلفه أوّلاً وبعده بالرهن.

بعينه وحصول الحجر بعد حصول الاجارة بشرائطها- هو الأصل ومقتضى القواعد.

وسبب تقديم المستأجر-في استيفاء المنفعة من غير مشاركة من الغرماء معه في أخذ مايقابله- هو ماتقدم، وأنه لا شيء له في ذمة المفلّس، وهو كما اشترى أحد من المفلّس شيئاً قبل الحجر والتفليس وأخذه.

وأما لو كانت الاجارة واردة على مافي الذمّة مثل دار موصوف أو دابّة كذلك، فليس المستأجر مقدّماً في الاستيفاء، بل ان كان عين ماوقع العقد عليه موجوداً بعينه، كان له أخذ ذلك، والفسخ والضرب بالحصّة مع الغرماء لما تقدم، والا فالضرب لاغير فتأمّل.

«الثالث قسمة امواله»

قوله: «ويبادر الحاكم الخ» ظاهر المتن وجوب مبادرة الحاكم الى بيع مال المفلّس الذي يخشى تلفه ولفظة (أوّلاً) في المتن للتأكيد وهو ظاهر، لوجوب الحفظ وعدم التلف.

ولعلّ جعل ذلك من المستحب في الشرايع(١) باعتبار ان المراد احتمال التلف قبل ماسواه لاظن التلف او علمه قبل بيعه فانه حينئذٍ يجب المبادرة.

---

(١) قال في الشرايع: يستحب احضار كل متاع في سوقه ليتوافر الرغبة وحضور الغرماء متعرضاً للزيادة، وان يبدء ببيع مايخشى تلفه وبعده بالرهن لانفراد المرتهن به (انتهى).

وينبغي احضار كل متاع في سوقه واحضار الغرماء.
والتعويل على منادٍ أمين.

واما كون بيع الرهن بعد ذلك بلا فصل فوجوبه غير ظاهر، بل الظاهر هو الاستحباب ودفع الثمن الى المرتهن ليعلم أنه يبقى منه شيء بعد اعطاء ماعليه الرهن أم لا؟.

قال في التذكرة: مسألة ينبغي للحاكم ان يبدأ ببيع الرهن. وهو ظاهر في الاستحباب.

ثم قال: مسألة ويقدّم بيع مايخاف عليه الفساد كالفواكه وشبهها لئلا يضيع على المفلّس، ولا على الغرماء، ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك، ثم سائر المنقولات لان التلف اليها اسرع من العقارات.

وهو ظاهر في وجوب تقديم مايخشى التلف، واستحباب الرهن كما ترى.

قال في شرح الشرايع: وهذا التقديم ـ اي تقديم مايخاف تلفه على الرهن ـ يناسب الاستحباب، لأنّ الغرض منه معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي التذكرة قدّمه على بيع المخوف، وما هنا أولى.

وأنت تعلم أنّه ليس في التذكرة الا التقديم بحسب الذكر في المسألة لا الفعل بل الظاهر منها وجوب الثاني واستحباب الاول كما قاله أيضاً فتأمل، على أنه قد يناقش في استحباب اولويّة ذلك على باقيها فتأمل.

قوله: «وينبغي احضار الخ» كأنّه يريد الاستحباب كما هو الظاهر، وكأنه مبنيّ على احتمال زيادة في الثمن في ذلك السوق، وكذا في احضار الغرماء، والا فالمناسب الوجوب وان اطلق الجماعة، الاستحباب.

وينبغي احضار المفلّس أيضاً ليطمئنّ قلبه وقلب المشتري ويُظهر عن أمواله فانه أعرف به.

وينبغي أيضاً ان يعوّل على منادٍ أمين يرضى به الغرماء والمفلّس دفعاً

ويقدم اجرته.

ويجري عليه نفقته ونفقة أهله وكسوتهم، على عادة أمثاله الى يوم القسمة فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم.

للتهمة وان تنازعا عيّن الحاكم.

والظاهر أن لاوجوب هنا وان قاله في شرح الشرايع مع ذكره احتمال الاستحباب ويقدّم اجرة المنادي، لانه لمصلحة الغرماء كاجرة الوزّان والكيّال والحمال وغيرها ممّا يتعلّق بمصلحة المال والغرماء من الحفاظ وغيرهم.

قوله: «ويجرى عليه الخ» اي يجب ان يعطى المفلّس نفقته ونفقة من يجب نفقته عليه على عادة أمثاله.

لعل المراد: باعتبار الشرف والضعة حينئذٍ قال ذلك في شرح الشرايع(١).

واطلق المصنف ذلك ولم يقيّد الأهل بمن تجب نفقته فيحتمل الحمل على العموم، فتأمّل.

والذي يقتضيه التأمل، القيد في المنفق عليهم دون العادة بما ذكره في شرح الشرايع، بل الاجراء على سبيل العادة بمعنى أنه لايستضرّ بذلك الاكل ولاينقص، ولايلاحظ الشرف والضعة، ويحتمل كونه المراد بعادة أمثاله فيعطى من يوم الحجر الى يوم القسمة ونفقة ذلك اليوم فقط.

ولعلّ دليل ذلك هو الإجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم.

ويمكن فهم هذا المقدار من الرواية الدالّة على استثناء المسكن وقد تقدمت(٢) في الدين.

---

(١) قال في المسالك : ماهذا لفظه: الظاهر ان المراد بـ(عادة امثاله) من هو في مثل شرفه وضعته وباقي اوصافه بحسب ماهو عليه الآن (انتهى) ج١ ص٢٤٤.

(٢) راجع الوسائل باب ١١ من كتاب الدين ج١٣ ص٩٤.

....

ويمكن بحسب مفهوم الموافقة، وهو ظاهر، بل يمكن فهم اكثر من ذلك أيضاً، فكأنه ترك للإجماع.

ولكن قال في التذكرة: لو كان للمفلّس صنعة تكفيه لمؤنته وما يجب لعياله أو كان يقدر على تكسّب ذلك، لم يترك له شيء وان لم يكن له شيء من ذلك ترك له قوت يوم القسمة وما قبله من يوم الحجر.

على أنّه قال: لايجب على المفلّس التكسب فلا يجب قبول الهبة والوصيّة والصدقة، ولاتجبر المرأة على أخذ المهر من الزوج القادر، ولاعلى التزويج لتحصيل المهر.

وفي غير التزويج تأمّل، فلا يبعد القول بالوجوب، اذ الإجماع على عدمه غير ظاهر، ولاغيره من الأدلّة، سوى الأصل.

ويمكن دفعه بـ(لاضرر ولااضرار)(١) ووجوب الخروج من حقوق الناس مع الامكان وعدم الضرر، واذا فتح مثل هذا الباب يلزم منه مفاسد، ولهذا قال في شرح الشرايع: لو قيل بوجوب الكسب اللايق بحاله، كان حسناً فتأمّل.

وأيضاً قال: ويجعل النفقة ممّا لايتعلّق به حق بعضهم.

وقال أيضاً: لايجوز ان يباع على المفلّس مسكنه ولاخادمه ان كان من أهله، سواء كان المسكن والخادم اللذان لايستغني عنهما المفلّس عين مال بعض الغرماء، أو كان جميع أمواله أعيان مال أفلس باثمانها ووجدها أصحابها، أولا (الى قوله): والحديث(٢) ليس على اطلاقه لأنه مشروط بالإجماع بشرائطه، فخرج عن الاحتجاج في صورة النزاع، لأنّ شرط الأخذ عندنا ان لايكون ممّا يحتاج اليه المفلّس في ضروريات معاشه، ولعموم الأخبار الدالّة على المنع من بيع المسكن

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص ٣٨٣ رقم ١١ وج٢ ص٧٤ رقم ١٩٥ وج٣ ص٢١٠ رقم ٥٤.

(٢) الظاهر ان المراد حديث لاضرر ولاضرار.

ويقدم كفنه الواجب لو مات قبل القسمة.

ويفهم من ذلك ان لادليل لهم سوى الإجماع وأخبار استثناء السكنى(١).

ولعلّ في رواية السكني تصريحاً بكونه عين مال الغريم(٢) فتذكر.

وذكر أيضاً(٣) أنّ ام الولد لو كانت تخدم وتكفي للخدمة لايأخذ غيرها أخرى للخدمة.

فهو يشعر بانه لايجوز دفعها ولابيعها لو كانت ممّا يحتاج اليه ولو في ثمن رقبتها وطلب مالكها اياها فليس له هذا العين وتكون مستثناة عن دليل الرجوع الى العين بالإجماع مؤيداً بدليل(٤) منع ام الولد عن البيع، مع مامرّ في بيعها في ثمن رقبتها(٥)، وبالاصل وبالعمل بمقتضى القاعدة المتقدمة فتأمل.

قوله: «ويقدم كفنه الخ» والظاهر عدم الخلاف في تقديم كفنه على الديون مطلقا لو مات المفلّس قبل قسمة أمواله وبعد الحجر.

يدل عليه الخبر أيضاً مثل رواية إسماعيل بن أبي زياد، عن أبي جعفر، عن أبيه، قال: قال رسول صلّى الله عليه وآله: أوّل مايبدء به من المال، الكفن، ثمّ الوصيّة، ثم الميراث(٦).

ويدل عليه أيضاً، صحيحة زرارة قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه؟ قال: يكفن بما ترك الا ان يتجّر عليه انسان فيكفّنه ويقضي مما (بما ثل) ترك دينه(٧).

(١) راجع الوسائل باب ١١ من كتاب الدين ج ١٣ ص ٩٤.

(٢) لم نعثر الى الآن على هذه الرواية فتتبع.

(٣) يعني شرح الشرايع.

(٤) راجع الوسائل باب ٢ من ابواب الاستيلاد ج١٦ ص١٠٣.

(٥) راجع الوسائل باب ٢٤ من ابواب بيع الحيوان ج١٣ ص٥١.

(٦) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من كتاب الوصايا ج١٣ ص٤٠٦ وفيه اول شيء يبدأ الخ.

(٧) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من كتاب الدين ج١٣ ص٩٨.

ثم يقسّم الحاكم على الأموال الحالّة الثابتة شرعاً دون المؤجّلة.

فلو (ولو خ) ظهر غريم بعد القسمة نقضت وشارك.

ولو حلّ المؤجّل قبل القسمة شارك.

قيل وكذا كفن زوجته دون قريبه.

والظاهر أنّه يكتفي بالواجب من الكفن، وينبغي اختيار الا دون، وكأنه مختار البيان ويحتمل اللائق.

وكذا مؤونة التجهيز من السدر والكافور وغيرهما مثل الماء والمكان ان احتاج الى الاجرة.

والظاهر عدم الفرق -في اكثر ماتقدم- بين المفلّس وغيره من المديونين انه (اذ خ) لو تسامح بالمستثنيات، يجوز بيعها والصرف وان كانت أمّ ولد بشرط كونها في ثمن رقبتها، على تردّد.

قوله: «ثم يقسم الحاكم الخ» دليل تقسيم الحاكم مال المفلّس -على الديون الحالّة وقت الحجر، الثابتة ذلك شرعاً لاغير- كأنه الإجماع، وما تقدم من تعلّق الديون الحالّة حينئذٍ بذلك المال، فلا حق للغير.

ويحتمل ارادة الحالّ قبل القسمة، لما سيأتي من قوله: (ولو حلّ الخ) ومعلوم ان هذا للحاكم اما بنفسه أو بوكيله وأمينه.

قوله: «فلو ظهر غريم الخ» المراد غريم ثبت شرعاً كون دينه حالاً حين الحجر ويحتمل قبل القسمة فينقض القسمة ويجمع المال ثم يقسّم من الرأس، لظهور بطلان القسمة الأولى لتعلّق حقّ هذا الغريم أيضاً اليها (فيها خ).

ويمكن عدم النقض والأخذ له من كلّ أحد بحساب دينه ان امكن، قال في التذكرة: احتمل عدم النقض بل يشارك الخ.

وقد يعلم من شرح الشرايع ان فيه خلافاً، وان الحق النقض وفيه تأمل.

قوله: «ولو حلّ المؤجل الخ» وجهه انه اذ احلّ الدين استحق المطالبة

ولو جنى عبده قدم حق المجني عليه.
وليس له فكّه.

للقدرة، اذ المال موجود فيتعلّق به كسائره هذا.

ولكن مقتضى ماتقدّم، أنّ الديون الحالّة حين الحجر تعلّقت بالمال الموجود، فما بقي للحالّ بعده ـ وان كان قبل القسمة ـ مايتعلّق به فتأمّل لعل الاول أولى لعموم أدلّة أداء مال الغير مع القدرة مهما أمكن وما علم ثبوت تعلّق دين الغريم السابق بحيث يمنع من تعلّق الغير، وعدم تعلّق الدين الحادث(١) بعد الحجر (به خ)، لايستلزم ذلك، لثبوته قبل ذلك.

نعم المؤجّل حين القسمة لايتعلّق به لعدم استحقاق الطلب، ولا الحادث بعد الحجر على ماصرّح به في التذكرة وغيرها، ولعله لاخلاف في ذلك كله فتأمّل.

قوله: «ولو جنى عبده الخ» اي لو جنى عبد المفلّس، قدّم حق المجنيّ عليه على حق الغرماء ليستوفي حقه، فان بقي منه شيء، فلهم والا فلا.

وجهه ان حق المجني عليه انّما تعلّق برقبته بالأصالة دون حق الغرماء.

قال في التذكرة والشرايع ـ في بيان ترتيب القسمة ـ: انه مثل حق الرهانة، بل مقدمة(٢) عليه وعلى الغريم، لأنه متعلّق بالعين اوّلاً وبالذات بخلافه.

وليس التقديم مخصوصاً بالاستيعاب كما قيّده به في شرح الشرايع وهو ظاهر، بل هو احق ومقدم (يقدم خ) مطلقا، فيستوفي حقّه والباقي لهم كما في الرهن ان كان فينبغي تقديم استيفائه على غيره مثل الرهن، لامكان ان يفضل منه.

قوله: «وليس له فكه» أي ليس للمفلّس فكه باعتبار كونه محجوراً عليه

---

(١) في هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: وعدم تعلّق الدين الحادث بالحجر قبل ذلك لايستلزم بعد الحجر به (انتهى).

(٢) هكذا في النسخ ولعل الصواب (مقدم).

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة، جعل المال في ذمّة مليٍّ، فان تعذّر اودع من الثقة.

وهو ـ مع عدم المصلحة في فكه ـ واضح، واما اذا كانت المصلحة فيه، فله ذلك بمعنى أن يفك الحاكم ذلك.

قوله: «ولو اقتضبت المصلحة الخ» أي يجوز مع المصلحة تأخير القسمة فيجعل (بان يجعل خ) في ذمّة مليٍ بالقرض، ويحتمل بالبيع ونحوه، ينبغي مع الرهانة والأمانة.

نقل في شرح الشرايع عن التذكرة الأمانة في المقترض، وقال: وهو حسن ولو لم يكن الرهن اكتفى بالضمان والا فبالقرض مع الأمانة والا فبالملائة مع الوثوق بعدم التلف، وان لم يكن (لم يمكن خ) فيودع من ثقة، ينبغي بالشهود.

وقال(١) في التذكرة: لا تؤخر القسمة لاحتمال غريم ولا تكلّف الغرماء بالشهود على عدم غريم آخر بخلاف الورثة فانها تكلّف بالشهود وفرق(٢) بالضبط في الورثة غالباً دون الغريم، فيمكن الشهادة على الأوّل دون الثاني(٣).

وفيه تأمّل، اذ ينبغي العدم في الكلّ الا مع المظنّة، اذ تأخير اعطاء مال الناس اليهم لاحتمال الشريك والتكليف باثبات عدمه ـ مع أنّ الأصل العدم، وآية الارث تقتضي عدم التوقف ـ ضرر، وهو اعرف قدس الله سره.

---

(١) لايخفى انه ليس في التذكرة هذه العبارة بعينها بل ذكر ماهو بمضمون الحكمين في ضمن المسألتين (أحدهما) عند قوله ره: المسألة اذا قسم الحاكم مال المفلّس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر الخ و(ثانيهما) عند قوله ره ـ قبل المسألة المذكورة ـ: اذا ثبت الديون عند الحاكم وطلب اربابها القسمة عليهم لم يكلّفهم الحاكم اقامة البيّنة الخ فراجع التذكرة ـ البحث الثاني في بيع ماله وقسمته من كتاب التفليس، والله العالم.

(٢) يعني فرق التذكرة بين الغرماء والورثة بالضبط الخ.

(٣) قال في التذكرة: ولافرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة الا ان الورثة يحتاجون الى اقامة البيّنة على انه لاوارث غيرهم بخلاف الغرماء، والفرق ان الورثة اضبط من الغرماء وهذه شهادة على النفي يعسر تحصيلها ومدركها، فلا يلزم من اعتبارها ـ حيث كان الضبط اسهل ـ اعتبارها حيث كان اعسر (انتهى).

(الرابع) حبسه، ويحرم مع إعساره الثابت باعتراف الغريم أو البيّنة ولو ماطل مع القدرة، فللحاكم حبسه، والبيع عليه.

«الرابع حبسه»

قوله: «ويحرم مع اعساره الخ» اي يحرم حبس المفلّس مع ثبوت اعساره باعتراف الغرماء، او بالبيّنة عند الحاكم وحكمه به أو ثبوته عند الحاكم بعلمه بذلك وحكمه به.

وفي جعل هذا -رابع أحكام المفلّس المتقدم-، خفاء، فان الظاهر انه المفلّس الذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرف، فلا معنى لحبسه، ولالمماطلته، ولابيعه (لبيعه خ) بنفسه، ولاالبيع عليه، ولهذا غيّر الاسلوب في الشرايع وقال: (ولايجوز حبس الغريم) ولم يكتف بالضمير الراجع الى المفلّس المبحوث عنه، فهو حسن سواء قلنا: ان الحجر داخل في مفهوم المفلّس ام لا، لتبادر الذهن الى الذي ممنوع.

ولانه المعرف في اول كتاب المفلّس في الشرايع(١).

ولأنّ سائر الأحكام المتقدّمة مخصوصة به.

وأيضاً هذا الحكم مخصوص بغير المفلّس، فلا يحسن ارجاع الضمير الى المفلّس، ولاجعله اعم غير مخصوص.

فقول شارح الشرايع-: وهذا الحكم لايختصّ بالمفلّس (الى قوله): وانما يحسن العدول لو شرطنا في صدق المفلّس الحجر، والا فالمديون المعسر مفلّس أيضاً- لايحسن، لما مرّ.

(١) قال في الشرايع: المفلس هو الفقير الذي ذهب خيار ماله، وبقي فلوسه، والمفلّس، هو الذي جعل مفلّساً اي منع من التصرف في امواله (انتهى).

....

على أنّ كون المديون المعسر مطلقا مفلّساً، غير ظاهر شرعاً ولغة لما قال في أوّل الكتاب: انه شرعاً(١) هو الممنوع الخ ولغة: الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه.

قال في التذكرة: من وجب عليه دين حالّ فطولب به ولم يؤدّه نظر الحاكم، فان كان له مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء (الى قوله): والزم(٢) بالخروج عن الديون، فان امتنع مع قدرته على القضاء حبسه الحاكم ويحلّ لصاحب الدين الإغلاظ في القول، بأن يقول: ياظالم، يامتعدّي ونحو ذلك لقوله صلّى الله عليه وآله: ليّ الواجد يحلّ عقوبته وعرضه(٣)، واللّي المطل، والعقوبة، حبسه (الحبس خ)، والعرض الاغلاظ له في القول، وقال صلّى الله عليه وآله: ان لصاحب الحق مقالاً(٤) (انتهى).

والظاهر أنّ الوجدان، الغنى بمعنى قدرته على الوفاء.

وانه يفهم من ظاهر الخبر جواز الاغلاظ في الكلام اذا كان صادقاً في كلّ حق فافهم.

والخبر مشهور بين العامّة والخاصّة، وانه يريد اما الحبس على تقدير عدم البيع أو على التخيير، فانه لايتعيّن كما يفهم من المتن وغيره أيضاً.

قال في التذكرة ـ بعد هذا ـ: اذا كان للمديون مال، أمره الحاكم ببيعه

---

(١) ليس في الشرايع لفظة (شرعاً) كما نقلناه آنفاً نعم يحتمل كون الكلام مأخوذاً من عبارة شرح الشرايع.

(٢) والزمه ـ التذكرة. قال في المسالك: عرّف المفلس بتعريفين احدهما لغوي والآخر شرعي الخ ج١ ص٢٣٦.

(٣) عوالي اللآلي ج٤ ص ٧٢ رقم ٤٤ وسنن أبي داود ج٣ ص ٣١٣ باب في الحبس في الدين وغيره تحت رقم ٣٦٢٨ مع تقديم وتأخير قال ابن داود: قال ابن المبارك (راوي الحديث) (تحل عرضه) يغلظ له و(عقوبته) يحبس له.

(٤) صحيح مسلم: ج٣ ص ٢٢٥ وصحيح البخاري: ج٢ باب استقراض الابل.

....

وايفاء الدين من ثمنه مع مطالبة اربابها فان امتنع باع الحاكم متاعه وقضى منه الدين (الى قوله): بل يحبس أو يباع عليه (انتهى).

وظاهر أنّ البيع انما يكون على تقدير عدم وجدان مايجوز اعطائه بدلاً عن الدين وعدم أخذ صاحبه بالقيمة، والا فان كان من الجنس يعطى، ومن غيره أيضاً بالقيمة فلا يحتاج الى البيع وهو ظاهر وصرّح بالأوّل في التذكرة.

وبالجملة لاخلاف على الظاهر في تحريم حبس المديون، بل مطالبته وملازمته وأدائه، على تقدير عدم ثبوت قدرته على الأداء شرعاً، كما يحرم عليه الامتناع والمماطلة عن أداء حقّ الناس، وهو ظاهر.

وفي الكتاب(١) والسنة أيضاً اشارة إليه، مثل موثقة عمّار ـ كأنّه الساباطي ـ عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: كان أميرالمؤمنين عليه السلام يحبس الرجل اذا التوى ـ يعني تأتي ـ على غرمائه ثم يأمر به فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسّمه بينهم ـ يعني ماله ـ(٢).

ورواية عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرّتين أحبّ اليّ من أن أتصدّق بها مرّة، وكما لايحلّ لغريمك ان يمطلك وهو مؤسر فكذلك لايحلّ ان تعسره اذا علمت أنه معسر(٣).

وقوله تعالى: «فنظرة إلى ميسرة»(٤)، ظاهر في تحريم الطلب ووجوب الانظار الى ان يبرأ (ييسر خ)، وهو خير، «وأن تصدّقوا خير لكُم»(٥).

---

(١) سيأتي الاشارة اليه من الشارح قدس سرّه.

(٢) الوسائل باب ٦ مثل حديث ١ من كتاب الحجرج١٣ ص ١٤٧.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من ابواب الدّين من كتاب التجارة ج١٣ ص٩٠.

(٤ و٥) البقرة ٢٨٠.

....

بل يجب نيّة الأداء حين عدم القدرة على تقدير القدرة.

ويدل عليه صحيحة عبدالغفار الجازي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل مات وعليه دين، قال: ان كان على بدنه انفقه من غير فساد، لم يؤاخذه الله عزّوجلّ اذا علم من نيّته الأداء الآ من كان لايريد أن يؤدي عن أمانته فهو بمنزلة السارق، وكذلك الزكاة أيضاً، وكذلك (من استحلّ(۱) أن يذهب بمهور النساء)(۲).

ثمّ ان الظاهر، انه يثبت اعساره بعلم القاضي فيحكم به، ومعلوم ثبوت اعساره باعتراف الغريم بالنسبة الى المعترف، فاذا كان ممن يقبل شهادته يصير شاهداً أيضاً، وكذا بالبيّنة الشرعية لانها حجّة شرعية.

والظاهر ان لاخلاف في ثبوته بالعدلين، ويمكن بالواحد واليمين أيضاً على مايفهم من كلامهم.

قال(۳) في التذكرة: شرط في البيّنة أن يكونوا من أهل الخبرة الباطنة والعشرة المتقادمة وكثرة الملابسة سرّاً وجهراً وكثرة المجالسة وطول الجوار، فان الأموال قد تخفى ولايعرف تفصيلها الآ بأمثال ذلك فان عرف القاضي أنّهم من أهل الخبرة فذاك ، والآ جاز له أن يعتمد على قولهم اذا كانوا بهذه الصفة.

ويمكن ان يقال بجواز الاكتفاء بقول الشهود اذا كانوا عدولاً عارفين بطريق الشهادة على الاعسار، فلا يحتاج الى معرفة القاضي وجود تلك الأوصاف فيهم من موضع والتفتيش والتجسّس.

---

(۱) اذا استحل مهور النسوان خ ل ـ يب.

(۲) الوسائل باب ٥ مثل حديث؛ من ابواب الدين من كتاب التجارة ج۱۳ ص۸٦.

(۳) في التذكرة هكذا: إذا اقام مدعي الاعسار البيّنة شرط فيها ان يكونوا من اهل الخبرة الخ.

ولو ادّعى الاعسار وكان له أصل مال أو كان أصل الدعوى مالاً افتقر الى البيّنة.

ثم قال: صورة الشهادة بالاعسار يجب ان تكون على الاعسار(١) المتضمّن للنفي (الى قوله): فيقول الشهود: انه معسر لايملك الا قوت يومه وثياب بدنه (الى قوله): ولايقتصرون على قولهم: لاشيء له لئلاّ يتمحّض شهادتهم نفياً لفظاً ومعنى (انتهى).

لعلّ المراد، الا قوت يومه الخ، للتمثيل والا يجوز لهم ان يستثنوا سائر ماastثنى في الدين وما يعرفون وجوده عنده ويشهدون على عدم الغير (العين خ ل) ممّا يدعى عدمه.

وليس بواضح اشتراط عدم التمحّض نفياً لفظاً ومعنى، فانه معنىً نفي، ولايترتب أثره على ظاهر اللفظ، وهو اعرف.

قوله: «ولو ادّعى الاعسار الخ» يريد أنه لم يثبت إعسار المديون بالطرق المتقدّمة، فان طولب بالحقّ، فان لم يدع الإعسار كلّف بالأداء الى آخر ماتقدم، وان ادّعاه، فان لم يعلم له وجود مال شرعاً يقبل قوله بيمينه مع عدم البيّنة للمدعى وطلبه اليمين لاحتمال الوجود، ويجوز الاحلاف بمجرد الاحتمال، ولايشترط العلم و الظن على الظاهر، لعموم ادلة اليمين على المنكر(٢) من غير معارض وظاهر أنه ينكر المال وهم يدّعون وجوده عنده، والاصل عدمه، وأنه لو خلى لخلّى وقوله: (انا معسر) بمنزلة قوله: (لامال عندي) يجب أدائه اليكم وان علم انه كان له مال يجب الأداء منه ظاهراً أو كان أصل الدعوى وصول مال كذلك بيده باعترافه أو

---

(١) هكذا في النسخ كلها، ولكن في التذكرة: (على الاثبات المتضمن للنفي) التذكرة ج٢ ص٥٩.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم ج١٨ ص١٧٠ وعوالي اللآلي ج١ ص٢٤٤ وص٤٥٣ وج٢ ص٢٥٨ وص٣٤٨ وج٣ ص٥٢٣.

فان شهدت بتلف أمواله فلا يمين.

ولو شهدت بالاعسار افتقر الى اطلاعها على باطن أمره وأحلف.

وان لم يكن له أصل مال ولاكانت الدعوى مالاً قبلت يمينه بغير بيّنة.

بعيره ولم يعلم زواله وادعى تلفه والإعسار به أو كونه ممّا لايجب منه الأداء ـ افتقر الى البيّنة لرفع الاصل فصار يدعي تلف ماهو كان موجوداً، والأصل بقائه.

ولايشترط اتصافها بالصفات المتقدمة، بل يكفي وجود مايعتبر فيها مطلقا.

فان شهدت بتلف ذلك المال بعينه ثبت ولايمين عليه حينئذٍ وهو ظاهر لأنه قد اثبت مايدعيه شرعاً ولايمين على المدّعي المثبت.

نعم لو ادّعى الغريم وجود مال آخر وانكره يتوجه اليمين على تقدير عدم البيّنة وهو ظاهر.

وان شهدت بالاعسار لابتلف المال بعينه، لابدّ من كون الشاهد متّصفاً بالصفات المتقدمة، من اطلاعه على باطن حاله كما تقدم، قال المصنف: (واحلف المديون)(١).

وقد ظهر ممّا تقدم أنّ الوجه عدم الاحلاف ولاوجه للاحلاف.

قال في التذكرة ـ فيما اذا شهدت بالاعسار وقد شرط في البيّنة ماتقدّم وفي صورة شهادته ماتقدم أيضاً ـ: فان طلب الغرماء احلافه مع البيّنة لم يلزم خلافاً للشافعي في احد قوليه، وفي الثاني انه مستحب، نعم لو ادّعى أنّ له مالاً لايعرفه الشاهدان فالاقوى عندي أنّ له احلافه على ذلك لامكان صدقه في دعواه وحينئذٍ يتوقف اليمين على استدعاء الخصوم فلا يجوز بغير طلبهم لجواز ان يعفو فلا يتبرّع

---

(١) ليس في كلام المصنف لفظة (المديون).

....

الحاكم(١).

ويمكن حمل مافي المتن على ذلك.

وفيه أيضاً تأمّل، اذ الفرض شهادة الشاهد العالم بباطن حاله وشهادته بالنفي، بحيث لايبقى احتمال، فكيف ـ مع ذلك ـ يحتاج إلى دليل آخر على النفي إذا دلّ دليل على قبول الشهادة بالنفي، ولو فتح مثل هذا الباب لامكن في اكثر الدعاوي، فيكلّف المدّعي مع البيّنة باليمين فتأمّل.

ولاشكّ أنّ هذه الدعوى بحسب الظاهر مكذّب للبيّنة ومناف لقول العلماء والخبر المشهور بين العامّة والخاصة الذي هو دليل الحكم بالبيّنة واليمين في موضعهما، وهو، البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر(٢) فتأمّل.

فالظاهر عدم الإحلاف في صورة الإعسار لو وقعت الشهادة على الوجه المتقدم، نعم يحتمل في صورة الشهادة على تلف مال معهود مع عدم ثبوت الإعسار مطلقا بما ذكر كما اشرنا اليه، ولهذا قال في التذكرة ـ بعد مانقلناه عنه ـ في مسألة أخرى(٣): ويحتمل قوياً، الزامه باليمين على الاعسار ان شهدت البيّنة على تلف المال وسقوطها عنه ان شهدت بالإعسار، لانها اذا شهدت بالتلف صار كمن ثبت له اصل مال واعترف الغريم بتلفه وادّعى مالاً غيره، فانه يلزمه اليمين كذا هنا اذا قامت البيّنة بالتلف فانها لا تزيد على الإقرار(٤).

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة ولكن في عبارة التذكرة بدل قوله: على استدعاء الخصوم الخ هكذا: على استدعاء الخصم لانها حقّه ويجوزان يعفو عنها فلا يتبرّع الحاكم باحلافه (انتهى).

(٢) سنن ابي داود ج٣ ص٣١١ باب اليمين على المدعى عليه وراجع الوسائل: ج١٨ باب٣ من ابواب كيفيّة الحكم.

(٣) يعني في مسئلة ادعاء الاعسار التي تقدمت.

(٤) من قوله: ويحتمل الى هنا عبارة التذكرة.

....

والظاهر أنه لايحتاج الى الدعوى كما في صورة دعوى الإعسار وعدم ثبوت مال فانه اذا لم يقم البيّنة ولم يعترف الغريم ولايعلم الحاكم، فالظاهر أنّ للغرماء احلافه على الاعسار، وهذا بعد ثبوت تلف مال معيّن، يصير كذلك فتأمّل فان عبارات الاصحاب في هذه لاتخلو عن شيء.

والظاهر ان الذي نقلناه عن التذكرة أخيراً(١) ليس بمخالف للمتن وغيره وليس عكسه، لان مراد المتن وغيره بعدم اليمين في صورة التلف، عدمها على التلف، لاعلى الإعسار، ولهذا قال في التذكرة: وان شهدت البيّنة بالتلف سمعت، فان طلب الغرماء اليمين على ذلك مع البيّنة لم يجابوا.

والظاهر ان (ذلك)(٢) اشارة الى التلف لاالإعسار فقول: ثبوت اليمين على الاعسار حينئذٍ، كما نقلناه، لاينافي المتن وغيره ولاهو عكسه كما قال في شرح الشرايع ولاماذكره في موضع آخر منها من نفي اليمين في الصور كما فهمه في شرح الشرايع.

نعم الظاهر ثبوت المنافاة بين هذا وبين مانقلناه عنه في موضع آخر من التذكرة من قوله: (فالاقوى عندي) ويمكن الجمع بينهما أيضاً فتأمّل.

قال فيها أيضاً: وحيث قلنا: لايقبل قوله إلّا بالبيّنة لو ادّعى أن الغرماء يعرفون إعساره كان له احلافهم على نفي المعرفة، فان نكلوا حلف وثبت إعساره وان حلفوا حبس، وكلّما ادّعى ثانياً وثالثاً ـ وهلّم جرّاً ـ إعساره، كان له تحليفهم الّا ان يعرف القاضي أنّه يقصد الايذاء واللجاج، فاذا حبسه لايغفل عنه بالكليّة.

والظاهر انه لايشترط في ذلك عدم سماع قوله الا بالبيّنة، فانه لو ادّعى

---

(١) وهو قوله ره: ويحتمل قوياً الزامه الخ.

(٢) يعني في قول التذكرة: (اليمين على ذلك).

ومع القسمة يطلق.

ولايجوز مؤاجرته ولااستعماله.

ولو كان له دار غلّة أو دابّة وجب ان يؤاجرها، وكذا المملوكة وان (لوخ) كانت أم ولد.

-في صورة يقبل قوله بيمينه -علمهم بذلك ولايحلف، فالظاهر ان له ذلك، لانه دعوى ممكن مسموع عقلاً فينبغي سماعه شرعاً، فان لم يحلفوا يمكن سقوط الحلف عنه والدعوى أيضاً، مثل ماذا ردّ المنكر اليمين على المدعي ونكل، وكأنّه ماذكره، لأنه كصورة النكول وهو معلوم الجواز فتأمّل.

قوله: «ومع القسمة يطلق» إذا حبس الغريم ثمّ قسّم ماله على الغرماء في صورة جواز ذلك، يجب اخراجه عن الحبس واطلاقه، الا ان يكون دين آخر وما ثبت اعساره فيخلّى في السجن.

ولكن لايغفل عنه - كما مرّ في عبارة التذكرة- بان يطعم وينظر في حاله لاحتمال المرض وغيره.

ويحتمل ان يكون المراد رفع الحجر عن المفلس بعد قسمة امواله.

قوله: «ولايجوز مؤاجرته الخ» اي لايجوز للحاكم ولاللغريم مؤاجرة المديون ولا تكليفه بعمل لتحصيل الدين بغير رضاه وجبره على ذلك، وقد مرّ البحث عن ذلك.

قوله: «ولو كان له الخ» لعلّ المراد بدار غلّة ودابّة يجب مؤاجرتها مالايجب بيعهما والّا بيعا في الدين، مثل كونهما موقوفين أو كونهما عين مال شخص غير حاضر أو حاضر سامح مدّة أو أنه لايشتريها أحد أو المصلحة في تأخير بيعهما أو رضي الغرماء بالتأخير ورضي المالك أيضاً، وبغير اذنه مشكل.

ويحتمل كون الدابة من المستثنيات وكذا المملوكة.

ولا يباع دار سكناه، ولاعبد خدمته، ولافرس ركوبه اذا كان من أهلها، ولاثياب تجمّله.

وفيها تأمّل اذا لم يكن من أهل أن يواجر فتأمل فانه يمكن التخصيص.

قوله: «ولايباع دار سكناه الخ» قد مرّ البحث عن ذلك كله، فتذكر وتأمل.

لادليل على الكل(١) بخصوصه الّا ان يكون إجماعاً، نعم موجود في دار السكنى(٢)، فكأنهم فهموا من باب الموافقة.

وهو مشكل، بل يمكن من باب الموافقة فهم عدم جواز ذلك الا ماثبت بالدليل فانه قد يثبت أنه لايخلّى له سوى قوت يوم القسمة وليس العبد والدابة وثياب التجمل اكثر احتياجاً من قوت الغد بل العكس فينبغي الاقتصار على ماثبت بالدليل واخراج الغير في الديون سيّما ثياب التجمل وعبد الخدمة والدابة الا مع الضرورة الكلية بحيث لايعيش بدونها (بها خ) أو لمرض او شق (يشق خ) مشقة لا تتحمل، ومع ذلك الاحتياط والاولى في الاخير البيع وتحمل المشقة الا ان يؤل الى المرض أو الهلاك .

واولى من ذلك التبديل اذا تمكّن من تحصيل مايكفي ورفع الباقي الى الديان.

والظاهر انه لو تبرّع واعطاها في الدين يجوز ويبرء فتأمّل.

---

(١) المراد انه لادليل على كل واحد بخصوصه لانه لادليل على واحد واحد بقرينة الاستدراك .

(٢) راجع الوسائل باب ١١ من ابواب الدين ج١٣ ص٩٤ ولكن في حديث١ منه (صحيح الحلبي) عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لاتباع الدار ولاالجارية في الدين وذلك انه لابدّ للرجل من ظلّ يسكنه وخادم يخدمه ـ وهو صريح في استثناء العبد والجارية أيضاً.

«المقصد الرابع»

في الضمان، ومطالبه ثلاثة.

«المقصد الرابع في الضمان»

قوله: «في الضمان الخ» اعلم أن الضمان لفظ مشترك عند الفقهاء بين المعنى الاعم من الضمان بالمعنى الأخصّ، والحوالة، والكفالة ـ وبين الأوّل ـ منها.

والاعم هو التعهد على وجه خاصّ نفساً كان أو مالاً، لمن له في ذمته شيء أم لا، فان كان نفساً، فهو الكفالة، وان كان مالاً فان كان في ذمته شيء فهو الحوالة والا فالضمان بالمعنى الأخص المشهور.

الّا أن الضمان اذا اطلق ـ بغير قيد ـ يتبادر منه المعنى الأخصّ لكثرة تداول هذا المعنى مع كونه فرداً من العامّ، واذا أريد منه قسمان آخران بخصوصها يحتاج الى القيد، مثل ضمان النفس (أو خ)، وضمان لمن في ذمته شيء.

هذا هو مراد الاصحاب مثل صاحب الشرايع وغيره من قولهم: ان الضمان الخاصّ هو المسمّى بالضمان بقول مطلق، لانه مفهوم كلّي صدقه على كل فرد فردٍ حقيقة.

....

ولكن هذا الفرد الخاصّ لايحتاج الى قيد وقرينة، بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه الاشكال بان اطلاق الكلّي على كل فرد فرد حقيقة والاحتياج الى القرينة، ينافي الحقيقة، ويجاب بان المنقسم اليهما ـ بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة ـ هو مطلق الضمان وذلك لاينافي كونهما مجازين بالنظر الى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما.

والحاصل انه فرق بين الشيء المطلق، وبين مطلق الشيء، ومثله في تقسيم الماء الى المضاف والمطلق وتعريفه(١) بعدم صدقه عليه مطلقا على(٢) انه لم يرد لان اطلاق الكلّي على افراده باعتبار خصوصه وشخصه، مجاز وان كان باعتبار وجوده فيها وارادة ذلك حقيقة، فاطلاق الانسان على زيد مثلاً بارادة خصوصه وشخصه مجاز، وباعتبار كونه انساناً وارادته، حقيقة وهو ظاهر ومصرّح به في محلّه.

ثم ان الجواب(٣) أيضاً غير مفهوم لأنّ المنقسم هو الضمان المطلق، لأنّهم قالوا: الضمان كذا وكذا، ولاشك أنه مطلق فلابدّ من صدقه حقيقة على أفراده على ماقاله، وكذا المنقسم هو الماء المطلق، لامطلق الضمان والماء ولو باعتبار وجوده مع القيد المتقدم وهو ظاهر.

وقد يتوهم أنّ المقسم (المنقسم خ) لابدّ من صدقه على الأقسام فيجيء الاشكال ويجاب بما ذكرناه(٤)، وبأنّ (ولأن خ) الصدق ـ بمعنى تحققه ـ مسلّم ولاشك في تحققه حينئذٍ، واما بمعنى اطلاق لفظه عليه فلا، وهو أيضاً واضح فتأمّل.

فلا ينافيه اختيار جواز الحوالة لمن برأ ذمّته ـ كما فعله في الشرايع ـ لانه

---

(١) يعني تعريف الماء المضاف بعدم صدق الماء المطلق.

(٢) يعني أصل الايراد بقوله: بان اطلاق الكلي الخ.

(٣) المذكور بقوله: ويجاب بانّ المنقسم الخ.

(٤) وهو قوله قدّه فيما تقدم: لان اطلاق الكلي على افراده الخ.

(الأول) يشترط في الضامن جواز التصرف، والملائة، أو علم المضمون له بالاعسار.

فلا يصح ضمان الصبيّ.

اختار القسمة على المشهور ثم بيّن ماعنده من المسألة من جريان الحوالة في بعض اقسام الضمان، فلا يرد اعتراض شارحه، ولايحتاج الى جوابيه(١).

وهما انه اختار أوّلاً القسمة على الإجماع، وأنه قسّم باعتبار بعض أقسام الحوالة.

مع عدم ظهورهما، اذ الظاهر من القسمة هو التغاير وحصر اسم كل قسم فيما ذكر له، ومعلوم عدم الإجماع في حصر الحوالة والضمان على القسمين المذكورين ولايظهر معنى القسمة باعتبار بعض الافراد.

وقد خرجنا مما أردنا، لخروج شارح الشرايع رحمه الله.

ثمّ اعلم ان الضمان له اركان خمسة، الضامن والمضمون، والمضمون له، وعنه، والصيغة.

أما الضامن فيشترط فيه جواز التصرف المالي، وملائته، او علم المضمون له بالاعسار (باعساره خ) بمعنى انه اذا كان المضمون له جاهلاً به ـ ثم علم اعساره بمعنى عدم وجود مايؤديه فاضلاً عن المستثنيات في الدين حال الضمان لاحال العلم ـ له الفسخ، ولايلزمه مقتضى الضمان وله طلب ماله عن المضمون عنه والظاهر انه لاخلاف في ذلك.

فلا يصح ضمان الصبي الغير المميّز، وقد مرّ البحث في بيع المميّز مع اذن

---

(١) فانه رحمه الله ـ بعد بيان الاشكال بما قرره الشارح قده هنا ـ قال ماهذا لفظه: ويمكن دفع الاشكال بان التقسيم جار على محلّ الوفاق أو باعتبار القسم الآخر للحوالة، وهو متعهد مشغول الذمة للمحيل ليكون هو احد الأقسام الثلاثة خاصّة، وكون المشترك ذا جهتين بحيث يصحّ ضماناً خاصاً وحوالة يسهل معه الخطب (انتهى) المسالك ج١ ص٢٥١.

ولا المجنون.

ولا المملوك بدون اذن المولى.

ومعه يثبت في ذمته لا في كسبه.

الوليّ فانه يأتي هنا، وكأن المشهور عدم الجواز.

ولا المجنون، بل الغافل، والساهي أيضاً، الظاهر بالإجماع وخبر رفع القلم(١).

والظاهر ان السفيه المحجور عليه لسفهه وتبذيره كذلك وقد صرّح به في التذكرة وغيرها وهو ظاهر ممّا تقدم.

وشرطهم ذلك (تلك خ)(٢) في الضامن وغيره من الأُمور مطلقا، يدل على عدم اشتراط العدالة في ذلك مستديماً، والا، ينبغي ان يقال: ويشترط العدالة.

وأيضاً يدل على عدم اشتراط حجر الحاكم، والا ينبغي تقييد ذلك بان الضمان لايصح مع حجر الحاكم، وكذا النكاح، والطلاق، والعتق، وغيرها وهو ظاهر فتأمّل.

ولا المملوك بدون اذن مولاه، وهو على تقدير عدم تملكه(٣) ظاهر، ومعه يمكن الجواز ان لم يكن محجوراً عليه في ماله وقد تقدم أن ظاهر كلامهم أنّه محجور عليه فتأمّل.

واما مع اذنه، فالظاهر أنّه لاشكّ في صحته ولزومه مع علم المضمون له بالمملوكيّة، وحينئذٍ مع اطلاقه يمكن وجوب الأداء من كسبه، لان الاذن في

---

(١) الوسائل باب ٣٠ حديث ٢ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة ج٥ ص ٣٤٤.

(٢) يعني ان اشتراط جواز التصرف المالي في الضامن وعدم كونه سفيهاً يدل على عدم اشتراط العدالة فيه الخ.

(٣) يعني على القول بعدم صيرورة المملوك مالكاً شرعاً بمقتضى قوله تعالى: لايقدر على شيء، ظاهر.

الا ان يشترط كما لو شرط الضمان من مال بعينه.

الضمان اذن في لوازمه ومنه الأداء، فلما لم يصرّح كونه من مال المولى ولافي ذمّته فينصرف الى الظاهر وهو الكسب.

والظاهر انه مع عدم القرينة ينصرف الى ذمّته، لانه قابل لذلك فيتبع به اذا اعتق.

هذا غير بعيد مع علم المضمون له بهذا والا فيمكن سماع دعوى أنه تخيّل أنّ ذمّة العبد هو ذمّة المولى، ولهذا رضى، بل يمكن ذلك في الكسب أيضاً فتأمّل.

واما اذا شرط من كسبه أو في ذمّته أو غير ذلك، فلا شك أنّه يلزم بلوازم الشرط كما لو شرط الضامن بنفسه أداء المال من مال معيّن، فالظاهر صحته وأنّه لانزاع فيه، ويؤيّده عموم أدلّة العمل بالشروط(١).

ثم ان الظاهر انه حينئذٍ يلزمه الأداء من ذلك المال بعينه مهما كان فلو زاد له شيء، يأخذ من المضمون عنه، وكذا لو تلف من غير تقصير، بل معه أيضاً، فان الظاهر ان الضمان هنا غير ناقل وان كان مذهب الاصحاب في غير هذه الصورة أنه ناقل.

ويدلّ عليه رواياتهم، مثل صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: اذا رضي به الغرماء فقد برأت ذمّة الميّت(٢).

ومثل موثقة اسحاق بن عمّار، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول (قال خ ئل) وليّه: عليّ دينك قال: يبرءه ذلك وان لم يوفّه وليّه من بعده، وقال: أرجو أن لايأثم، وانّما إثمه على الذي يحبسه.

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص ٢٣٥ رقم ٨٤ وص ٢٩٣ رقم١٧٣ وج٢ ص ٢٥٧ رقم٧ وج٣ ص ٢١٧ رقم ٧٧.

(٢) اورده والذي بعده في الوسائل باب ١٤ حديث ١ و٢ من ابواب الدين ج١٣ ص ٩٨.

....

وهما مع غيرهما، يدلّان على مشروعيّة الضمان مجملاً واما الآيتان فلا.

وهما(١)، (وأنا به زعيم)، لعدم الصراحة في كون هذا القول بعد قول المعطي بـ(حمل بعير) مع انه جعالة، ومذهب من قبلنا، وهي غير لازمة فالضمان منها محل التأمّل، وكذا حجيّة شرع من قبلنا وان لم يكن(٢) إجماعياً فلا ينفع قول البعض به كما قال في التذكرة.

وقوله تعالى: «سلهُم ايّهم بذلك زعيم»، والأُولى تدل على اعتبار رضا الغريم.

وغيرها(٣) ـمثل موثقة اسحاق وما في بعض الأخبار من طرق العامّة(٤)، والخاصّة(٥) من قبول الضمان عن الميّت ثم صلاته صلّى الله عليه وآله بعد الامتناع منها قبل الضمان ـيدلّ على عدم الاشتراط لعدم القيد، والسكوت بمجرّد قول الضامن: (عليّ ذلك)، مثل ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وابي قتادة(٦).

ولكن ينبغي ذلك، فانه ينتقل حقّ صاحب حق من ذمّة الى اخرى فيملك ماكان لايملك ويخرج عن ملكه ماكان يملك، وكون ذلك من غير رضاه بعيد مع التفاوت بين الناس في المعاملات.

ويمكن حمل مايدلّ على العدم على العلم بالرضا.

وان الضامن بحيث يقبله كل أحد واحسن من الذي في ذمّته وان كان

---

(١) يعني الآيتين وهما قوله تعالى: «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم» يوسف ٧٢ وقوله تعالى: «سلْهُم الخ» القلم ٤٠.

(٢) يعني حجيّة شرع من قبلنا في كل ماكان إجماعياً فهو والا فهو محلّ التأمل.

(٣) قوله قده: (وغيرها) مبتداء وقوله قدّه: (يدل على عدم الخ) خبره.

(٤) راجع سنن أبي داود ج٣ ص ٢٤٦، باب في التشديد في الدين رقم ٣٣٤٣.

(٥) راجع الوسائل باب ١٤ من ابواب الدين ج ١٣ ص ٩٨ وباب٢ حديث٢ من كتاب الضمان ج١٣ ص١٥٠.

(٦) راجع الوسائل باب٣ حديث ٢ و٣ من كتاب الضمان.

لامال له مثل أميرالمؤمنين عليه السلام(١).

وما نقل في التهذيب والفقيه: أنّ بعض غرماء عبدالله بن الحسن عليه السلام ماقبل ضمان عبدالله بن جعفر مع كونه مليّاً لأنه مطّول (٢) وقبل ضمان علي بن الحسين عليهما السلام مع كونه فقيراً(٣)، لانه صدوق(٤).

وهذه وامثالها تدل على ان الاعسار غير مانع مطلقا فتأمّل، وعلى علم النبي صلّى الله عليه وآله بذلك أو أنه وليّ المؤمنين يفعل مايريد لهم، وكذا أهل البيت (عليهم السلام) أو يكون مخصوصاً بالميّت الذي لارجاء له مطلقا.

وهي تدلّ على عدم اشتراط صيغة بخصوصها، بل يكفي مايدلّ على انه يعطي وقبل ذلك ويؤيّده عموم أدلة (المسلمون عند شروطهم) وصدق الضمان فلا يشترط القبول من المضمون له، بل يكفي مايفيد العلم برضاه، ولاالمقارنة، وكونه عقلاً لايستلزم ذلك، وهو ظاهر، مع انه قد ينازع في كونه عقلاً عند الشارع بالمعنى المطلوب.

وكذا أصل البرائة مع عدم العلم الّا مع القبول والا تصالى، وسائر شرائط العقود اللازمة، لأنّه لايحتاج الى العلم بل يكفي الظنّ المأخوذ من الدليل الشرعي.

(١) في تمثيله قدس سرّه بأميرالمؤمنين عليه السلام مناقشة واضحة لانه عليه السلام لم يكن فقيراً بل يروض نفسه الشريفة مع قدرته وكفاك شاهداً ماكتبه الى عثمان بن حنيف عامله على البصرة- كما في نهج البلاغة- وهو قوله عليه السلام: ولو شئت لاهتديت الطريق الى مصفّى هذا العسل ولباب هذا القمح، ونسائج هذا القزّ ولكن هيهات ان يغلبني هواي ويقودني جشعي الى تخيّر الأطعمة، ولعل بالحجاز أو اليمامة منْ لاطمع له بالقُرص ولاعهد له بالشبع أو ابيت مبطانا وحولي بطون غرثى واكباد حرّى الخ. ولاحظ أيضاً المناقب لابن شهرآشوب ج٢ ص٩٣ - ١٠٣ في المسابقة بالزهد والقناعة.

(٢) يعني مماطل.

(٣) لعل المراد قلّة المال بالنسبة الى عبدالله بن جعفر لاالفقير الاصطلاحيّ شرعاً.

(٤) راجع الوسائل باب٥ حديث ١ من كتاب الضمان.

ولايشترط علمه بالمضمون له.

و (١) يشترط رضاه لارضا المضمون عنه.

والضمان ناقل.

ولو أبرأ المالك، المضمون عنه لم يبرء الضامن، ولو ابرأ الضامن برئاً معاً.

والظاهر أن ماتقدم، دليل شرعيّ وقد مرّ من المؤيّدات في باب البيع أيضاً فتأمّل وتذكر، ومعلوم (٢) عدم رضا المضمون عنه لانه أداء دين شخص لايحتاج الى اذنه ورضاه، وهو ظاهر، وعليه أدلّة وقد عرفت دليله.

وان المضمون يكفي كونه مالاً ثابتاً في الذمة فلا يشترط علم الضامن بكميته وكيفيّته، وفيما مرّ كفاية، فعلم الاركان الخمسة.

وقد عرفت ـ مايدل على ان الضمان ناقل ـ من الاخبار، وقد ادّعى إجماعنا عليه في التذكرة مع عدم ظهور خلافه، فهو ثابت الّا في ضمان العهدة والأعيان كما سيجيء فتأمّل.

قوله: «ولو ابرء المالك الخ» وجه عدم برائة الضامن بابراء المالك ذمّة المضمون عنه، يعلم ممّا تقدم، من أنه ناقل فابراء ذمّته ابراء عما ليس في ذمّته ولايؤثر في ابراء ذمّة شخص آخر والضامن وغيره فيه سواء، نعم يتوجه ذلك بالنسبة الى مذهب العامّة من أنه غير ناقل فكأنّ الإصحاب يريدون الرد على ذلك.

فاطلاق قوله: (بريا) باعتبار ضمّ ذمّة الضامن والا فالمضمون عنه كان بريّاً قبل ابراءه، والاطلاق حسن باعتبار دفع توهّم أن للضامن أن يأخذ عنه، وأنّه قد يشغل ذمّته للضامن، اذ لو أعطى الغريم أخذ منه.

---

(١) قدم الشارح قدس سره توضيح هذه العبارة فيما تقدم بقوله قده ومعلوم عدم الخ.

(٢) يعني عدم اعتبار رضا المضمون عنه.

ولو ظهر اعساره تخيّر في الفسخ، ولو تجدد بعد الضمان فلا فسخ.

ويجوز حالاً ومؤجلاً، عن حالّ ومؤجل.

قوله: «ولو ظهر اعساره الخ» لو علم المضمون له -بعد وقوع الضمان- كون الضامن معسراً وقت الضمان بالمعنى المتقدم تخيّر بين فسخ الضمان فيطلب المضمون عنه، والصبر حتى يأخذ من الضامن.

كأنه يكفي فيهما صدور مايدل على ذلك، واحتمل في الاول خصوص لفظ (فسخت) ونحوه، وأنه مالم يعلم الرضا به، له الفسخ.

ويحتمل الفورية خصوصاً مع العلم بالمسألة.

ولو عرض له(١) الاعسار بعد الضمان فلا خيار له فكلاهما واضح ممّا تقدم.

قوله: «ويجوز حالاً الخ» الصور أربع، والظاهر جواز كلّها، وأنه لانزاع الا في ضمان الدين المؤجّل، حالاً لتخيّل ان الذي في ذمة المضمون عنه غير واجب حالاً، فكيف يضمن عنه حالاً.

وأيضاً هو أصل فكيف يزيد الفرع عليه.

وانه خلاف الاصل فيقتصر على محلّ اليقين.

وقد عرفت جواب الأخير، وهو العمدة، وزيادة الفرع على الاصل بالدليل، لاقصور فيه، ومعلوم ان المال واجب على المضمون عنه وذمته مشغولة به وانما الأجل للطلب وجواز التأخير، ولهذا يجوز اداؤه قبل الاجل ويجوز قبول صاحبه، بل قد يجب، فلا مانع، خصوصاً اذا كان بحيث لايلزم المضمون عنه العوض، فانه بمنزلة اداء الدين المؤجّل، وكذا اذا كان برضا الكل.

---

(١) في النسخ المخطوطة: واما لو عرض الاعسار.

ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّى ان ضمن باذنه، والا فلا.

نعم لايجب على المضمون عنه، العوض الآ بعد مضيّ ذلك الأجل فتأمّل.

وقد ادّعي إجماعنا في التذكرة وشرح الشرايع على الحكم المذكور في الاقسام الأربعة.

واذا ثبت ذلك يتفرّع عليه جواز الضمان بزيادة أجل على أجل الأصل وهو ظاهر.

قوله: «ويرجع الضامن الخ» عدم الرجوع مع عدم الاذن ظاهر وان أدّاه باذنه، واما الرجوع مع الاذن في الضمان مع الاذن في الاداء وعدمه - ففيه تأمل، اذ الاذن في الضمان والاداء لايدل على قبول أداء العوض بشيء من الدلالات والأصل عدمه الا ان تدل قرينة حال او مقال على ذلك كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له اجرة عادة.

ولهذا قال في التذكرة: لو قال: أعط فلاناً الفاً ففعل لم يرجع، وكذا لو قال: أعتق عبدك أوألق متاعك في البحر عند خوف الغرق وعدمه، الا ان يضمّ اليه مايدل على قبول العوض مثل قوله: (عني) في الأوّلين: (وعلى ضمانه) و(عوضه) في الثالث وبهذا المقدار يلزم.

وهذا دليل على عدم اشتراط الصيغة الخاصّة، والمقارنة وغيرهما فافهم.

ولي في اللزوم مع انضمام قوله: (عنّي)(١) أيضاً تأمّل وان قالوه الآ ان ينضمّ اليه قرينة.

ويعلم من التذكرة الإجماع على الرجوع مع الاذن في مجرّد الضمان فتأمّل.

ولكن اشترط في الرجوع حضور شاهد يمكن اثبات الاداء به او حضور

---

(١) يعني في قوله اعتق عبدك.

ولو دفع عروضاً (عرضاً خ) رجع بأقل الأمرين، ولو ابرأ من بعض لم يرجع به.

وانما يصح اذا كان الحق ثابتاً في الذمة وقت الضمان، مستقراً كان كالثمن بعد الخيار أو غيره كالثمن فيه، ولايصح قبل الثبوت وان آل اليه.

المضمون عنه.

ويحتمل الاكتفاء باقرار المضمون له، وعنه.

ويمكن ان يقال: الاذن في الضمان معناه لزوم العوض على الآذن للضامن بعد الاداء ففرق بين الاذن في الضمان (او الاداء(١) مطلقا) فان الاذن فيه بمنزلة قوله: أدّه عني بمعنى (عليّ عوضه) فتأمّل.

قوله: «ولو دفع عروضا الخ» لو دفع الضامن الى المضمون له عوض دينه عروضاً برء الضامن ورجع في صورة، له رجوع الى المضمون عنه بأقلّ الأمرين من قيمة السوقيّة للعروض، وما كان في ذمّة المضمون عنه، لان الضامن لايستحقّ اكثر ممّا اذّى والمضمون عنه لم يؤدّ اكثر مافي ذمّته، ولهذا لو أبرأ الضامن عن الكلّ لم يأخذ منه شيئاً، ولو أبرأ عن البعض لم يأخذ الا مابقي.

قوله: «وانما يصح الخ» اشارة الى أنّ من شروط المضمون، هو كونه مالاً ثابتاً في ذمة المضمون عنه، سواء كان مستقراً وقت الضمان في ذمته كالثمن بعد مضي الخيار في ذمّة المشتري أو متزلزلاً غير مستقرّ، مثله(٢) قبله، فلا يصحّ قبل الثبوت وان كان ممّا يؤل اليه كمال الجعالة قبل فعل ماجعل له، وجه الكل ظاهر.

---

(١) قوله قده: أو الأداء مطلقا موجود في النسخ المخطوطة دون النسخة المطبوعة.

(٢) يعني مثل الثمن قبل مضى الخيار.

ويصح ضمان مال الكتابة والنفقة الماضية، والحاضرة، لاالمستقبلة.

وضمان الاعيان المضمونة كالغصب، والمقبوض بالسوم، والعقد الفاسد لاالامانة، كالوديعة.

قوله: «ويصحّ ضمان مال الكتابة الخ» وجه صحّة الكلّ معلوم ممّا تقدّم وهو الثبوت في الذمّة كوجه عدم صحّة ضمان النفقة المستقبلة، وهو عدم الثبوت مثل الجعالة قبل الفعل.

ولعلّه لاخلاف في الكلّ الا في الكتابة المشروطة، فان للشيخ فيها خلافاً، نعم في نفقة الزوجة الماضية مبنيّة على وجوب (وجه خ) قضائها وثبوتها في الحاضرة بطلوع الفجر بشرط التمكين وعدم النشوز، وسيأتي تحقيقه وتحقيق انها مستقرة ام لا بل تثبت بحيث لو نشزت، له الرجوع.

واما النفقة(١) الماضية للاقارب فلما ثبت عدم القضاء ـ فانها لدفع الاحتياج الحال والمواساة فاذا مضى، مابقي له محلّ ـ لم يصح ضمانه.

ولو قيل بثبوت الحاضرة بمجرد طلوع الفجر كما في الزوجة، فلا يبعد صحّة الضمان ولايبعد ثبوتها في وقت الاحتياج اليها عرفاً لانها لدفع ذلك، فيصحّ الضمان حينئذٍ، فتأمّل.

قوله: «وضمان الأعيان المضمونة الخ» عطف على ضمان مال الكتابة أي يصحّ ضمان الاعيان المضمونة التي يجب على القابض ردّها، ولو تلفت مطلقا يضمن قيمتها.

قال في التذكرة: يجوز ضمان أعيانها، فانه مال مضمون عنه فجاز الضمان عنه، ولو ضمن قيمتها ـ لو تلفت ـ فالاقوى عندي الصحة، لان ذلك في ذمّة القابض.

---

(١) واما نفقة الاقارب (في نسختين مخطوطتين).

و(يصح خ) ترامي الضمان.

وفيه تأمّل لأن ضمان الأعيان المضمونة ـ كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم على تقدير القول به والعقد الفاسد، والمستعارة المضمونة كاحد النقدين او المشروطة في الذمّة بمعنى ان يضمن شخص وجوب(١) ردّ العين مع البقاء أو القيمة مع التلف (اوهما خ) كالقابض ـ غير ظاهر الصحّة اذ الضمان على خلاف الأصل فيقتصر على محلّ الوفاق وتحقق المعنى المراد شرعاً، وليسا(٢) بمعلومين فيما نحن فيه، اذ الضمان عندهم ناقل، ووجوب الرد لاينتقل، بل يجب على القابض أيضاً على الظاهر، والقيمة غير ثابتة حين وجود العين، ولامعنى لضمان العين بدونها.

ويحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفاً مع ثبوت شرعيته مطلقا وليس بمعلوم كون ماذكر من لوازمه او شرائطه، نعم غالباً انما يكون كذلك.

ولهذا قال في التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل، وفي ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه الخ ـ بعد ان اختار جواز ضمان الأعيان المضمونة والعهدة.

وكأنّه لذلك تردد البعض واستشكل فتأمّل بخلاف الأمانة أي الأعيان الغير المضمونة كالوديعة، والعارية الغير المضمونة، والمضاربة، وما في يد الوكيل، وأمين الشارع، والوصيّ، فانه لايصلح ضمانها.

وقد ادّعى على ذلك الإجماع في التذكرة، وقد مرّ مايدل عليه أيضاً في الاعيان المضمونة فافهم.

قوله: «وترامي الضمان» أي يصحّ ان يضمن ضامن شخصاً ثم ضمنه آخر، وهكذا ويسمى بالتسلسل، ويكون حكم كل لاحقٍ مع سابقه، حكم

(١) هكذا في النسخة المطبوعة و اما النسخ المخطوطة التي عندنافليس فيهالفظة (الوجوب) والصواب ما أثبتناه.

(٢) يعني وجوب ردالعين مع البقاء أوالقيمة مع التلف ليسا بمعلومين حين الضمان اذ الضمان الخ.

ولايفتقر الى العلم بالكمية.

فلو ضمن مافي ذمّته صحّ، ويلزمه مايقوم به البيّنة.

لاما يقرّ به المضمون عنه، أو يحلف المضمون له بردّ المضمون عنه.

ولايصحّ ضمان ما يشهد به عليه.

الأولين والظاهر عدم الخلاف عند الاصحاب في ذلك.

وجهه ظاهر ممّا تقدم، وكأنّهم يريدون به الرد على بعض العامّة، والظاهر أنه يجوز دوره أيضاً عندهم بخلاف العامّة.

قوله: «ولايفتقر إلى العلم بالكميّة» وجهه معلوم ممّا تقدم وهو ظاهر.

قوله: «فلو ضمن مافي ذمته الخ» تفريعه على ماتقدم ظاهر، وكذا لزوم ماتشهد به البيّنة على ثبوته في ذمّة المضمون عنه وحكم الحاكم به، وكأنّه ترك حكم الحاكم لظهوره، ويحتمل عدم الاحتياج وسيجيء ضابطة مايحتاج الى انضمام حكم الحاكم وقد تقدم أيضاً فتذكّر.

ولايلزمه مايقرّ به المضمون عنه، ولاماثبت عليه بردّ اليمين، لان الاقرار والحلف لايؤثّر في ثبوت حقّ على الغير وهو ظاهر، وكأنه مجمع عليه إلّا ان صرّح في عقد الضمان بذلك، فيلزم حينئذٍ مايقول(١) به فقط.

قوله: «ولايصحّ ضمان مايشهد به عليه» يعني لو لم يعرف ثبوت شيء في ذمة المضمون عنه للمضمون له وقال: ضمنت لما ثبت لك في ذمته بالشهود ونحوه، لايصحّ ذلك لعدم العلم بالثبوت حال الضمان، لأنّ العلم به شرط كما يستفاد من اكثر العبارات، مثل القواعد، والتحرير، والمختلف والشرايع ويؤيّده ماتقدم والعقل أيضاً.

---

(١) هكذا في النسخ المخطوطة ولكن في النسخة المطبوعة بالطبع الحجري (ماتقوم به).

ويلزم على ضامن عهدة الثمن، الدرك .

قال في الشرائع: لوضمن مايشهد به لم يصحّ لأنه لايعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان.

وقال في التحرير: ولوضمن ماتقوم به البيّنة لم يصحّ، لعدم ثبوته في الذمة وقت الضمان، وكذا في القواعد والمختلف.

والظاهر منها انه يشترط العلم بوجود شيء في الجملة في الذمة، وهوظاهر في غير ضمان العهدة، وفيه أيضاً تأمل.

وقال في شرح الشرايع: ان هذا التعليل(١) لايخلوعن قصور، لأنه يدل على انه لوضمن بهذه الصيغة، ماعلم ثبوته وقته يصح، وأنه لولم يعلم وضمن كلّ ماثبت في ذمته وقته، لم يصح والامر بالعكس، فان الصحيح في التعليل ان يقال: أنّ هذه الصيغة أعم من ان يثبت في الذمة حين الضمان وبعده وانما يصح ان لو ثبت حينه لابعده، والعام لادلالة له على الخاص (انتهى).

وانت تعلم ان ظاهر التعليل ماتقدم.

وان «الأمر بالعكس» غير واضح، اذ قد يكون العلم شرطاً كما هو ظاهر العبارات.

وانّ العام ينصرف الى الصحيح لاغير خصوصاً مع القرينة فتأمّل.

قوله: «ويلزم على ضامن عهدة الثمن، الدرك» يعني لوضمن احد للمشتري الخروج عن عهدة ثمنه، اذا سلّمه للبايع -أي مايلزم البايع من جهة الثمن لقصور وقع في البيع بان علم بطلانه من اصله كخروج المبيع مستحقاً لغير البايع وما رضي بالبيع على تقدير جواز الفضولي- يكون الضامن بمنزلة البايع، فكلّ مايلزمه من التبعة -وهو الدرك- يكون عليه مثل ردّ عين الثمن ونحوه.

---

(١) يعني قول المحقق: لانه لايعلم الخ.

....

لعل دليله عموم أدلّة الضمان والاجماع وان قيل إنّ ضمان الأعيان لايصح لما مرّ مؤيّداً بالضرورة.

فانه(١) لو لم يجوّز مثله لزم تعطيل بعض المعاملات، فان كثيراً مايحتاج الانسان الى المعاملات مع اشخاص لايوثق معهم من تلف الثمن على تقدير بطلانها، وبعمل المسلمين.

واشار اليها في التذكرة قال: وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البايع قد قبض الثمن (الى قوله): لاطباق الناس عليه في جميع الأعصار، ولان الحاجة تمسّ الى معاملة من لايعرف ولايوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج بالاستحقاق.

وكأنه لذلك قال به: من قال بعدم جواز ضمان الأعيان.

ولااستبعاد في ضمان الأعيان بمعنى جواز طلب العين ممّن في يده.

والضامن مخيّر في وجوب ردّ العين عليها وعوضها بعد التلف بعد الضمان.

بل لايبعد كونه ناقلاً أيضاً بمعنى وجوب الرد فيطلب العين عن الضامن. فيأخذها عن المضمون عنه ويردها الى اهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقا والا يكون النقل مخصوصاً فيما يمكن من الاموال التي في الذمّة.

قال في التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمّة المديون الى ذمة الضامن على مايأتي، وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه اما الضامن، فللضمان، واما المضمون عنه، فلوجود العين في يده أو تلفها فيها وفي العهدة ان شاء المشتري طالب البايع

---

(١) هكذا في النسخ المخطوطة والمطبوعة ولعل الصواب (وانه) بالواو.

....

وان شاء طالب الضامن، لان القصد هنا بالضمان، التوثيق لاغير(١).

لعلّ هذا على تقدير وجود الثمن في يده وقت الضمان، لان مع التلف لايحتاج الى هذا فانه داخل في الديون في الذمّة.

ويمكن مطلقا، لما ذكره، ولأنّ الأصل عدم النقل فلا يتعدى الى غير المتيقن.

وأيضاً يمكن ان يقال: مع وجود العين أيضاً ناقل لوجوب الرد وان كلّف المضمون عنه، لان تكليفه باعتبار وجود العين عنده وتحت يده غصباً، وكأنه اخذه من يد الضامن.

وبالجملة بالحيثيّات يتغيّر الامور، فمن حيث انه ضمن منه أحد، لايكلّف بل من جهة اليد كتعاقب الأيدي.

والحاصل انه لادليل على كون الضمان مطلقا ناقلاً، فان الإجماع والخبر انّما هو في غير الاعيان، فعموم أدلّة الضمان مثل، المسلمون عند شروطهم(٢) يشمل الأعيان أيضاً.

والاحتياط معه فذلك مطلقا غير بعيد كما هو مختار المصنف في سائر كتبه فتأمّل فلا يجري في المنع ماتقدم من أنّ نقل مال عن ذمّة الى ذمّة بريئة، خلاف الأصل والقواعد فيختصر على المتيقن، فتأمّل.

ثم ان الظاهر انه كلما يصح ضمان العهدة للمشتري يصحّ للبايع أيضاً بان خرج الثمن مستحقاً، ونحوه صرّح به في التذكرة، ولعلّ العلّة مشتركة.

قال في التذكرة: الفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري: ضمنت لك عهدته أو ثمنه أو دركه أو خلّصتك.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) راجع الوسائل باب٦ من ابواب الخيارج١٢ ص٣٥٢.

في كلّ موضع يبطل أصل البيع كالمستحق.
لاما يتجدد (تجدد خ) بطلانه بفسخ لعيب وغيره.

الظاهر ان المراد (مثلاً)(١) فكلّ لفظ يفهم منه مايراد من ضمان العهدة، يصح ذلك به(٢)، للمشتري أو للبايع.

قوله: «في كل موضع يبطل الخ» اشارة الى تعيين محلّ ضمان العهدة، ولمّا (ثبت) أنّ الضمان لابدّ فيه من ثبوت حقّ في ذمّة المضمون عنه في نفس الأمر وقت الضمان ـ بحيث يمكن تكليف غيره به في الجملة ولو كان ذلك بعد الضمان لاحينه وكان الحق استحقاق المطالبة ووجوب ردّ العين للأصل وثبوت عدم صحّة الضمان لما لايجب عندهم كالابراء عمّا لايجب بوجهٍ وكأنه لاخلاف فيه، والعقل يساعده ـ (لزم)(٣) ان يكون محلّ ضمان العهدة كلّ موضع يكون اصل المعاملات كالبيع باطلاً عن أصله، مثل ان يظهر احد الأمرين مستحقاً أو ما(٤)حصل احد شرائط صحته.

فاذا حصل ضمان العهدة بصيغته المتقدمة مع الشرائط لزمه حكمه اذا خرج مستحقاً أو ظهر بطلان البيع من أصله بسبب آخر سواء عيّن ذلك السبب قصداً أو لفظاً أم لا، لانه مقتضاها عندهم فيحمل عليه.

ولايلزمه شيء لو تجدّد بطلان البيع بسبب متأخر ابطله حين حصوله، سواء كان القصد ذلك أم لا، لما تقدم من الأصل والاقتصار على موضع الوفاق وعدم صحّة ضمان مالم يجب مثل ان فسخ المشتري البيع لعيب موجود حال البيع.

وان استشكل هذا في التذكرة بسبب تفريطٍ من البايع، فانه كان يمكنه

---

(١) ان المذكورات في التذكرة من باب المثال لاالخصوصية فكل لفظ الخ.

(٢) هكذا في النسخ ولعل الصواب اسقاط لفظة (به).

(٣) جواب لقوله قده: ولما ثبت الخ.

(٤) نافية.

وتلف مبيع قبل قبضه.

الأعلام وما أعْلمَ فكأنَّ الاستحقاق ثابت فيستحقَّ الطلب من الضامن لذلك.

وهو احد وجهي الشافعية، والآخر عدمه لانه فسخ متعقّب كالتقايل.

والأصل، وعدم تحقّقه، مع مافي ضمان العهدة يؤيّد الثاني كما اختاره المصنف في المتن(١) وغيره.

ومجرد تفريطه لايستلزم ضمانه او ينفسخ بالتقايل أو بالخيار أو أخذ البعض بالشفعة، فانه يطالب حينئذٍ الشفيع بالثمن لاالبايع ولاالضامن، اما البايع فظاهر واما الضامن فانه ضمن عهدته للبايع فاذا لم يجب عليه شيء لم يجب على فرعه بالطريق الأولى قاله في التذكرة أيضاً.

ولكن قال قبله ـ في ثبوت ضمان العهدة ـ: ولافرق بين ان يخرج المبيع مغصوباً وبين أن يكون شقصاً قد ثبت فيه الشفعة ببيع سابق فأخذ الشفيع ذلك المبيع، ومعلوم عدم المنافاة، فلا تغفل.

وكذا لو بطل لتلف المبيع قبل قبضه فانه لااستحقاق هنا وقت البيع حتى يجب على الضامن.

وبالجملة ضامن العهدة انما ضمن لاستحقاق الموجود حال العقد فيوجد آثار الضمان معه، مثل رجوع المشتري اليه فيما اذا بطل البيع عن أصله، ويعدم مع عدمه، فلا يرجع الا الى البايع لو بطل البيع بامر حادث بعد العقد والضمان وقلنا: بان الفسخ حينئذٍ يبطله لامن أصله مثل التقايل والرد بالعيب.

والظاهر أنه لاخلاف في كون الفسخ حينئذٍ مبطلاً عند الأصحاب في جميع مايتعقّب صحّة البيع، وقد أشار اليه في موضع من التذكرة.

وقال ـ في تلف المبيع قبل القبض ـ: فلو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض

---

(١) بقوله ره: لامايتجدد بطلانه بفسخ لعيب.

....

الثمن انفسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن ان قلنا البيع: ينفسخ عن أصله، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق، وان قلنا: ينفسخ من حينه فكالردّ بالعيب واراد بقوله: (بغير الاستحقاق) ظهور الفساد من أصله بسبب غير كون المبيع مستحقاً بأن فقد شرط من شروط صحّة البيع، وبقوله: (فكالرد بالعيب) الاشكال الذي تقدمه.

قال: ولو خرج المبيع معيباً فردّه المشتري، ففي مطالبته الضامن، عندي اشكال.

وقال بعده أيضاً: فان كان المشتري ردّ بعيب كان موجوداً حال العقد رجع على البايع، وفي رجوعه على الضامن الاشكال السابق هذا.

قال في شرح الشرايع: واعلم أنّ في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض، على أنّ التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله فعلى الأوّل لايتناوله الضمان، وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن، وفيه نظر لانا وان حكمنا بكونه مبطلاً من أصله، لكن هذا حكم لاحق للضمان، فان المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن لأنه لم يكن لازماً للبايع مطلقا، وانما التلف الطاري كان سبباً في حكم الله تعالى كعود الملك الى صاحبه من أصله (انتهى).

هذا الكلام غير واضح اما أوّلاً فلما مرّ أنّ المصنف في التذكرة ماقال بعدم تناول الضمان على التقدير الأوّل، بل استشكله كما فهمته، فكأنه يريد الجواز وهو بعيد.

واما ثانياً فلانه اذا حكم على البطلان من أصله، وكونه حينئذٍ من أصله الى المشتري، مايفهم ملكاً للبايع من حين العقد الى حين التلف، فان معني كونه ملكاً له الى الآن ترتّب آثار الملكيّة عليه وكونها له مثل النماء الحاصل ونحوه، فاذا

ولو طالب بأرش عيب سابق، رجع على الضامن.

كان هذا كلّه له في نفس الأمر وكان البيع صحيحاً في نفس الأمر لامعنى لبطلانه من أصله، لان البطلان في أصله معناه عدم ترتّب تلك الآثار عليه وكونها لمالكه الأوّل.

فكونه الى الآن ـ في نفس الأمر، والظاهر، وعندالله وفي حكمه (حكم الله خ) ثم العود في نفس الأمر وفي حكم الله تعالى الى الأوّل في جميع الازمنة ممّا لايجتمعان على مانفهمه

والذي نفهمه. انه اذا قيل: انه يبطل من أصله، انما يكون ذلك بان يكون صحّة البيع غير معلومة، بل تكون معلّقة بالبقاء الى حين القبض فكأنّ البقاء الى القبض شرط من شروط صحّة العقد، وعدمه مانع، أو أنّ ذلك كاشف على مايجوّزونه في أمثاله، وما نفهم غير ذلك، وهو اعرف، ولكن المصنف أعلم.

قوله: «ولو طالب الخ» سبب رجوعه الى الضامن ثبوت الأرش في الذمّة وقت الضمان بخلاف الثمن، فانه انما يثبت بعده بالفسخ الطاري كما تقدم فهو يحتاج (محتاج خ) الى الفسخ ثم يثبت حينئذٍ، وهذا هو الفرق بينهما فتأمّل.

وفيه تردد لما تقدم، ولان ضمان عهدة الثمن لايشمله الا ان يكون مقصوداً ومعلوماً بينهما سواء ذكر مايدل عليه بخصوصه أم لا.

ويحتمل كون هذا هو وجه تردد الشرايع حيث قال: لان استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد.

وقال شارحه: ومحصّل(١) التردد، والاشكال يرجع الى ان الأرش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ والرّجوع الى الثمن، أو أنّ سببه وان كان حاصلاً لايثبت الا باختياره وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب فهل تبق

---

(١) في المسالك: ومحصّل الاشكال يرجع الخ.

ولو خرج بعضه مستحقاً رجع على الضامن به، وعلى البايع بالباقي.

والقول قول المضمون له في عدم تقبيض الضامن.

ولو شهد للضامن، المضمون عنه قبلت مع عدم التهمة.

ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة بالارش أم لا؟(١).

والظاهر الأوّل، فان عدم ثبوت شيء مع عدم العلم بعيد، اذ يلزم ذهاب مال من المشتري من غير عوض، و هو بعيد خصوصاً مع علم البايع بالمعيب وكتمانه.

فالظاهر أنّ النقص في ذمته، ولكن لمالكه انما يثبت المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ، واذا فعل احدهما يسقط، فلو علم ولم يطالب يحتمل السقوط وان قلنا: انه ثابت في الذمّة فكونه فائدة، تحتاج الى قيد فتأمّل.

قوله: «ولو خرج الخ» وجهه واضح ممّا تقدم.

قوله: «والقول قول الخ» دليل القول قوله مع يمينه ظاهر، وهو انه منكر، كأنه انما ذكره.

قوله: «ولو شهد للضامن الخ» يعني انه لو شهد للضامن بتقبيضه ايّاه، وادائه ماضمن تقبل شهادته مع تحقق شرائط الشهادة،منها:عدم التهمة بجرّ نفع مثل ان ضمن باذنه فيه وفي الدفع فانه حينئذٍ مع الدفع يرجع اليه فلا نفع له فيها فلا تهمة.

واما التهمة بأن يكون ضامناً بغير اذنه وادّعى الدفع كذلك أو مع كونه معسراً وعلم المضمون له، فانه حينئذٍ يجرّ نفعاً، بسقوط الحقّ عن نفسه.

---

(١) الى هنا كلام المسالك ثم قال: وقد تقدم في باب السلم لهذه المسألة مزيد بحث (انتهى).

ولو كان فاسقاً وحلف المضمون له أخذ من الضامن ماحلف عليه، ورجع الضامن بما أداه أوّلاً.

ولو لم يشهد رجع بما أداه ثانياً ان لم يزد على الأوّل.

ويخرج ضمان المريض من الثلث.

ولو لم يكن متصفاً بشرائط الشهادة ـ بان يكون فاسقاً وحلف المضمون له على عدم الأداء والقبض ـ يأخذ من الضامن ماحلف عليه ورجع الضامن على المضمون عنه بما ادّعى أدائه أوّلاً و شهد به المضمون عنه، لابما حلف كائناً ما كان، لاقرارهما بأنّ المأخوذ ثانياً بالحلف ظلم، و ليس بسبب الضمان.

ولولم يكن اعترف المضمون عنه بالاداء أوّلاً كان الرجوع عليه مع شرائطه بما أدّاه ثانياً، لانه الثابت الذي يستحق به الرجوع، ولكن بشرط ان لايكون زائداً على الاول، لأنه لم يستحق تلك الزيادة باعترافه، لأنّ الضامن يقول: ان الثاني مأخوذ ظلماً، وهو ظاهر.

قوله: «ويخرج الخ» يعني اذا ضمن المريض ومات في مرضه ذلك، يكون الحق المضمون معتبراً من الثلث فيصرف الى المضمون له ما يسعه دون الزائد.

هذا(١) ـ مع القول بان التبرعات من الثلث وعدم الاذن في الضمان المستلزم لعدم الرجوع، أو معه لكن ماوجد مال يمكن الاستيفاء منه مثل أن مات الأصل معسراً وعدم تجويز الورثة ـ ظاهر لاغير، ولعله المراد فتأمل.

* * *

---

(١) قوله قدس سره: (هذا) مبتدأ وخبره قوله: (ظاهر).

«المطلب الثاني في الحوالة»

«المطلب الثاني في الحوالة»

قوله: «المطلب الثاني الخ» قال في التذكرة: الحوالة(١) تحويل الحق من ذمة الى ذمة، وهي عقد وضع للارفاق ينفرد(٢) بنفسه وليست(٣) بيعاً عند علمائنا اجمع (الى قوله)(٤) وهو عقد جائز بالنص والإجماع.

والنص(٥)، ماروي بطريق العامّة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله انه قال: مطل الغنى ظلم، واذا اتبع على ملي فليتبع(٦)، وفي لفظ آخر: واذا احيل على ملي فليحتل وقال(٧): معنى (اتبع) هو معنى (أحيل) قاله صاحب الصحاح.

ومن طريق الخاصّة رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل على الرجل، بالدراهم أيرجع عليه؟ قال: لايرجع عليه (ابداً ثل) الا ان يكون قد أفلس، قبل ذلك(٨).

والتعريف والروايتان يدلان على عدم اشتراط شغل ذمّة المحال عليه في تحقق الحوالة كما شرطه الاكثر، وجعلت قسيمة للضمان بالمعنى الأخصّ بذلك الاعتبار كما مرّ بان يقال: التعهد بالنفس الكفالة، وبالمال فان كان الذي يجعله

(١) الحوالة مشتقه من تحويل الحق الخ (التذكرة).

(٢) منفردة بنفسه (التذكرة).

(٣) وليست بيعاً ولامحمولة عليه عند علمائنا الخ (التذكرة).

(٤) يعني في مسألة اخرى مستقلة قال: مسئلة الحوالة عقد الخ.

(٥) قوله قده: (والنص الخ) منقول من التذكرة بتقديم وتأخير.

(٦) سنن أبي داود ج٣ ص٢٤٧ باب في المطل الى قوله: (فليتبع) وراجع عوالي اللآلي ج٤ رقم ٤٥ مع ذيله.

(٧) يعني (في التذكرة). (٨) الوسائل باب ١١ حديث٣ من كتاب الضمان ج١٣ ص١٥٨.

....

في العهدة ـ وهو الموجب للعقد، والمحوّل ان كان مشغول الذمة، فهو الحوالة والا فهو الضمان بالمعنى الأخص.

وقد يقال: ان كان المحوّل مشغول الذمة، فهو الحوالة، والا فهو الضمان، او ان كان التحويل من ذمة المحوِّل فهو الحوالة وان كان الى ذمته فهو الضمان ونحو ذلك.

ونقل في التذكرة الإجماع على اشتراط شغل ذمّة المحيل كما سيجيء، وفي قوله:(١) (تحويل الحق) اشارة اليه.

والثانية (٢)تدلّ على أنّها ناقلة وان الغنى شرط في المحال عليه وقت الحوالة.

ولايبعد اقامة علم المحتال بالاعسار مقام الغنى كما قاله الاصحاب، وقد مرّ في الضمان.

وانه لازم فقوله:(٣) (جائز) معناه عدم التحريم، ولهذا قال في التذكرة: الحوالة عقد لازم فلابدّ فيها من ايجاب وقبول كغيرها من العقود، والايجاب كل لفظ يدل على النقل (والتحويل ـ كره) مثل احلتك وقبّلتك واتبعتك، والقبول مايدل على الرضا نحو رضيت وقبلت، ولا تقع معلّقة بوصف ولاشرط، بل(٤) لابدّ من كونها منجزة لأصالة البرائة وعدم الانتقال ولايدخلها خيار المجلس لأنه مخصوص(٥) بالبيع، والحق(٦) جواز خيار الشرط لقولهم عليهم السلام: كل شرط

---

(١) يعني قوله العلامة في التذكرة ـ كما تقدم.

(٢) يعني رواية منصور بن حازم.

(٣) يعني العلامة في التذكرة كما تقدم نقله.

(٤) في التذكرة: بل من شرطها التنجيز فلو قال: اذا جاء رأس الشهر او ان قدم زيد فقد احلتك عليه لم يصح لاصالة الخ.

(٥) في التذكرة: لانه مختصّ بالبيع وليست بيعا عندنا.

(٦) في التذكرة: وهل يدخلها خيار الشرط؟ منع منه اكثر العامة والحق جواز دخوله لقولهم الخ.

....

لايخالف الكتاب والسنة فهو جائز(١) (٢).

دليل كونها لازمة مثل اوفوا بالعقود(٣)، والمسلمون عند شروطهم(٤).

واما اشتراط الايجاب والقبول، فدليله غير ظاهر، ومجرد كونها عقداً لازماً لايستلزمه، وهو ظاهر، وعموم أدلة جوازها يفيد عدم الاشتراط.

ويؤيّده الأصل، وكونها شرعت للارفاق فيناسبها المساهلة والمسامحة، وما تقدم في الضمان وهو ظاهر من الروايتين.

وأيضاً الظاهر جواز المعاطاة بالطريق الاولى.

وبالجملة، الظاهر عدم الاشتراط الا ان يكون مجمعاً عليه.

وكذا الكلام في عدم جوازها معلّقة ويؤيد العدم، المسلمون عند شروطهم.

وهو دليل دخول خيار الشرط فيها مع ماذكره، وهو مؤيد لعدم اشتراط التنجيز.

واعلم ان المصنف حذف ـ قيد شغل ذمة المحال عليه ـ من التعريف، لانه يقول بعدم اشتراطه كما سيجيء، فلا يحتاج الى العذر بأنه عرّف المشهور أو المجمع عليه ـ كما احتاج اليه صاحب الشرايع.

ولايرد عليه ماهو اصعب منه، وهو انه يصدق على الضمان بالمعنى الأخص، اذ المراد كما هو الظاهر، التحويل عن ذمة المحوّل الذي هو المحيل.

على انه ليس بأصعب، لان التعريف بالاعم جائز عند المتقدمين بخلاف الأخص فانه غير جائز عند احد.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) راجع الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار من كتاب التجارة ج١٢ ص٣٥٢ وباب ٢٠ وباب ٢٩ و٣٦ و٣٨ و٣٩ و٤٠ من ابواب المهور ج١٥.

(٣) المائدة ـ ١. (٤) عوالي اللآلي ج٢ ص٢٥٨ رقم٨ وغيره من المواضع الكثيرة.

ويشترط رضا الثلاثة.

فقول شارح الشرايع: (حذف العلامة القيد محاولاً لادخال ذلك الفرد، فوقع فيما هو اصعب منه) محلّ التأمل.

هذا في بيان ماهيتها.

واما شروطها فهي أربعة (الأوّل) رضاء الثلاثة(١).

ودليله مانقل في التذكرة من اجماعنا على اشتراط رضاهم جميعاً.

وجعل دليلاً على كماليتهم، فان الرضا بدون الكمال لااعتبار به ويكفي رضا المحال عليه مقدماً ومؤخراً.

وبالجملة لانزاع في رضا المحيل والمحتال، لانهما طرفا العقد بالإجماع واما المحال عليه فمعلوم أيضاً اشتراط رضاه اذا لم يكن مشغول الذمة، واما معه فقد نازع فيه في شرح الشرايع مع نقله الاجماع عن الشيخ وعدم نقل الخلاف محتجاً بانها كالوكالة (وكالة خ) وبيع مافي ذمته.

والفرق بين الوكالة والبيع والحوالة واضح، وعلى تقدير عدمه فيحتمل كون الفارق هو الإجماع.

وبالجملة الإجماع المنقول عن الشيخ والمفهوم من التذكرة حيث قال: واصحابنا شرطوا رضا الثلاثة، وفي موضع آخر: (ويشترط عندنا رضا المحال عليه ثم نقل الخلاف عن بعض العامّة فقط مع عدم ظهور الخلاف والأصل والاستصحاب وكونها على خلافه فيختصر على محلّ الوفاق واليقين والتفاوت بين الناس في المعاملات، يدفع النزاع(٢).

والبحث في جواز صدورها عن المميّز والسفيه باذن الولي، كما تقدم.

---

(١) المحيل، والمحال له، والمحال عليه.

(٢) قوله قده: يدفع خبر لقوله: الاجماع المنقول.

وملائة المحال عليه، أو علم المحتال بالاعسار.

والعلم بالمال وثبوته في ذمّة المحيل.

(الثاني) ملائة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره.

ودليله أيضاً، الإجماع المفهوم من التذكرة، ورواية المنصور المتقدمة(١)، قال في التذكرة: وهي نص في الباب ثم قال:

ولايشترط استمرار الملائة، بل لو كان المحال عليه مليّاً وقت الحوالة ورضى المحتال ثم تجدد اعسار المحال عليه بالمال بعد الحوالة، يكره للمحتال الرجوع على المحيل الخ. بل(٢) لو كان معسراً ورضي به ومات معسراً في الحالين ضاع ماله وليس له رجوع على المحيل لما ثبت باجماعنا أنّ الحوالة الصحيحة ناقلة كالضمان.

(الثالث) ثبوت المال في ذمّة المحيل للمحتال والعلم بتعيينه للثلاثة، ونقل على الثبوت، الإجماع، فانه لو لم يكن المحيل مشغول الذمة لم تصح الحوالة ولم تتحقق، بل لو احال على شخص حينئذٍ، فان كان غير مشغول الذمة، فحاصله وكالة بصيغة الحوالة وهي جائزة بكل لفظ للقرض منه، وان كان مشغولاً فوكالة في الاستيفاء.

واما العلم به، فهو ليعلم مايعطى وما يؤخذ.

وفي التعيين تأمّل يعلم مما تقدم في الضمان، ولعله لاخلاف في الاشتراط هنا.

وترك المصنف هنا الشرط الرابع، وهو كمال الثلاثة، لظهوره وذكره في امثاله.

---

(١) تقدم آنفاً موضعها.

(٢) من قوله قده: (بل لو كان معسراً (الى قوله) كالضمان منقول بالمعنى، اذ لم نجد هذه العبارة في التذكرة فراجع وتتبع.

ولا يجب قبولها على الملي.
وهي ناقلة ويبرأ بها المحيل وان لم يبرئه المحتال.

قوله: «ولايجب الخ» يعني لايجب قبول الحوالة على المحتال وان احاله على غني باذل، لما تقدم من شرط الرضا، لعدم انتقال حق شخص عن ذمّة الى أخرى الآ برضاه، ودليله(١).

قوله: «وهي ناقلة الخ» وقد مرّ، وهو انه مجمع عليها وقد نقل ذلك في التذكرة في مواضع ولازم النقل برائة المحيل وان لم يبرءه المحتال.

ونقل عن الشيخ(٢) قولاً بعدمها لحسنة زرارة -لابراهيم- (٣) الصريحة في أنه لايبرء الا بابراء المحتال.

ولمّا كانت غير صحيحة ومخالفة للاجماع بأنّها ناقلة -وهي مستلزمة للبرائة- مع مخالفتها لبعض الأخرى، مثل رواية منصور(٤)، ورواية عقبة بن جعفر(٥) صريحة في عدم الرجوع بعد الرضا، فلابدّ من تأويلها إمّا على عدم الرضا بالحوالة، أو عدم العلم بالاعسار ونحوه وان كان بعيداً.

---

(١) قوله: «ودليله» مُبتدأ وخبره قوله وهي ناقلة.

(٢) قال الشيخ ره في باب الكفالات والضمانات والحوالات ص٣١٦ من النهاية: مالفظه: ومتى لم يبرء المحال له بالمال، المحيل في حال مايحيله كان له أيضاً الرجوع عليه ايّ وقت شاء (انتهى).

(٣) في الكافي: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل (الحلبي يب)، عن زرارة، عن احدهما عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال: برئت ممّا لي عليك؟ فقال: اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله- الوسائل باب ١١ حديث ٢ من كتاب الضمان ج١٣ ص١٥٨.

(٤) راجع الوسائل باب ١١ حديث ٣ من كتاب الضمان.

(٥) في التهذيب: الحسن بن محمد بن سماعة، عن عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغيّر حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي؟ قال: لا- الوسائل باب ١١ حديث ٤ من كتاب الضمان ج١٣ ص١٥٨.

ولايشترط سبق شغل ذمّة المحال عليه.

ولو احاله على فقيرٍ ورضي عالماً لزم، وكذا على مليٍ ثم افتقر.

ويصح ترامي الحوالات ودورها.

ولو أدّى المحال عليه ثم طالب المحيل فادّعى شغل ذمته، فالقول قول المحال عليه.

قوله: «ولايشترط سبق شغل ذمّة المحال عليه» اشارة إلى ردّ الشرط الخامس الذي شرطه البعض كما اشير اليه، والظاهر عدمه لما تقدم مع عدم دليل واضح عليه.

قوله: «ولو احاله على فقير الخ» قد مرّ وجهه وهو ظاهر.

قوله: «ويصح ترامي الحوالة ودورها» وجه صحّة ترامي الحوالة الى غاية، ودورها عموم أدلة الحوالة مع عدم المانع، وكذا الضمان وان استشكل في التذكرة.

قوله: «ولو ادى المحال عليه الخ» وجه كون القول قول المحال عليه مع يمينه ـ اذا أدّى ما احيل عليه ثم طالب المحيل بما أدّاه فانها كانت باذنه فادعى المحيل شغل ذمّة المحال عليه، وأن الحوالة انما كانت بما عليه فلا يستحق الرجوع ـ ظاهر، لان الأصل برائة الذمّة وعدم الشغل وأنه منكر والحوالة جارية في المشغول وغيره.

نعم قد يشكل ذلك اذا قيل: الحوالة انما تكون مع الشغل والفرض اتفاقها بوقوع الحوالة ولايبعد حينئذٍ أيضاً كون القول قوله، لما مرّ واحتمال اطلاق الحوالة ولو مجازاً مع عدم الشغل.

الا ان يقال: بعدم الضمان بلفظ الحوالة في هذه الصورة او مطلقا فقوله مستلزم للبطلان، والأصل الصحّة فيقدم قول المحيل.

فتأمل فيه فان الظاهر تقديم قول المحال عليه مطلقا لأنه أدّى ما على المحيل

وتصح الحوالة بمال الكتابة بعد الحلول وقبله كالمؤجل.

ولو احال المشتري، البائع بالثمن ثمّ ردّ بالعيب بطلت على إشكال، فان كان قبض استعاده المشتري من البايع وبرئ المحال عليه.

باذنه فيرجع اليه كما في غيره فتأمل.

قوله: «وتصح الحوالة الخ» لامانع منه كما في سائر الديون وقد مرّ جواز ضمانه أيضاً.

قوله: «ولو احال المشتري الخ» وجه الاشكال في بطلان الحوالة مع بطلان البيع، أنّ كلّ واحد منها عقد برأسه، ويكفي في الحوالة صحّة البيع وقت الحوالة، لثبوت شغل ذمّة المحيل الذي هو شرط صحتها ولايضرّه بطلان البيع بعده بالرد بالعيب فانه فسخ طار.

وأنها فرع البيع وشغل ذمّة المحيل، فاذا بطل الأصل وحصل البرائة تبطل الحوالة.

والظاهر أنّ بقائها تابع لبقاء أصلها وهو البيع والا يلزم عدم الرجوع الى المحتال، ولاالمحال عليه، ولايرجع هو أيضاً على المحتال فيذهب بمال المحيل مع عدم بقاء استحقاقه، وهو ظاهر البطلان ولعل دليل الثاني أقوى.

ثم ان كان المحتال الذي هو البايع أخذ مااحيل به استعاده المشتري منه، لأنّه حقّه وبرئ حينئذٍ المحال عليه فالم يأخذه المحيل منه لم يبرء المحال عليه لفساد الحوالة.

ويمكن الفرق بين أخذه قبل بطلان البيع وبعده وهو ظاهر فتأمل.

ويمكن أيضاً ان لايكون للمحيل استحقاق الأخذ من البايع لبطلان الحوالة فيكون الطلب للمحال عليه.

وهذا أيضاً غير بعيد على تقدير الأخذ بعد البطلان فيمكن عدم البرائة وعدم جواز الأخذ (أخذه خ) منه على تقدير أخذه بعد البطلان، ولايبرء بعده أيضاً، بل يبقى المحال عليه مشغول الذمّة للمحيل وهو مشغول الذمة للبايع، والبايع مشغول الذمة للمحال عليه.

ولو احال البايع بالثمن ثم فسخ المشتري لم تبطل.
ولو بطل أصل العقد بطلت فيهما.

ولعل المتن محمول على الأخذ قبل بطلان البيع بالرد بالعيب فتأمل ولافرق في الرد بالعيب وغيره ممّا لايبطل البيع من أصله بل من حينه.

قوله: «ولو احال البايع بالثمن الخ» وجه عدم بطلان حوالة البايع، الأجنبيّ، على المشتري بثمن مبيعه -مع فسخ المشتري البيع بالعيب- أنه لايشترط شغل ذمّة المحال عليه، فعلى تقدير بطلان البيع حينئذٍ لايضرّ ويكون هو بريئ الذمّة ويصير من صور البريئ من حين البطلان مع صحتها الى حين بطلان البيع فلا يحتاج الى بقاء شغل الذمّة.

نعم قد يقال: انما احال هنا باعتبار شغل ذمة المحال عليه فكأنه شرط هنا وان لم يكن شرطاً في الأصل فيجيئ فيه الاشكال المتقدم كما يجيئ على تقدير القول بالاشتراط وهو ظاهر.

ولعل الفرق أنها في الاولى متعلّقة بالمتبايعين وفي الثانية بالبايع والاجنبي، فانهما المتعاقدان، ويفهم ذلك من الشرايع، وقد نقل في شرحه الاجماع عن الشيخ في الصحة هنا، فتأمّل.

قوله: «ولو بطل اصل العقد الخ» وجه بطلان الحوالة حينئذٍ -على تقدير بطلان البيع من رأسه في الأول- ظاهر، وفي الثاني أيضاً وان لم يكن الشغل شرطاً، لانه انما أحال على الثمن الذي في ذمته باعتقاد ذلك حين عقد الحوالة وحينئذٍ لاشغل فوقع الحوالة على مال باعتقاد استحقاقه مع علمه بخلاف صورة طريان الفسخ على البيع والحوالة، فان الشغل ثابت حين العقد وذلك كاف، والدوام لايشترط، وهذا هو الفرق بين الصورتين فتأمّل فيه.

ثم اعلم انه قال في التذكرة: ومن المشاهير بين الفقهاء اشتراط تساوي الذمتين جنساً ووصفاً وقدراً، فلو كان له دنانير على شخص فأحاله بدراهم لم يصح

«المطلب الثالث في الكفالة»

وهي التعهد بالنفس ممن له حق.

لئلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لايستحق واما قدراً فلا يجوز التفاوت بمعنى الحوالة بالزائد على الناقص، وكذا العكس، ومع التفاوت يجوز بالمساوي، وأما الأجل فيجوز الحالّ بالحالّ والمؤجل بمثله وبالحالّ، والأبعد بالانقص لاالعكس، لأنه تأجيل حالّ، نعم لو شرط في الحوالة في الحالين عدم القبض الّا بعد أشهرٍ مثلاً يجوز لدليل وجوب العمل بالشرط.

هذا كلّه في التذكرة معنى، وبعضه غير واضح، مثل منع العكس مع تجويز شرط الأجل في الحالّ، وهو تأجيل الحالّ.

على انا مانعرف سبب منع ذلك اذا كان بالرضا فيما نحن فيه.

وأيضاً غير ظاهر اشتراط التساوي جنساً الّا ان يكون مجمعاً عليه، اذ قد يجوز ذلك أيضاً بالرضا، فانّه اذا رضي المحتال أن يأخذ من المحال عليه عوض ماله على المحيل غير جنسه الذي له عليه أو يعطي المحال عليه عوض ماعليه للمحيل الجنس الذي له عليه مع مخالفته لما عليه، مانجد(١) مانعاً من ذلك ولا تسلّط، ولاجبر على المحال عليه، ولاعلى غيره.

فلعلّ مقصود هم غير ماصوّرناه، وكأنه يشعر به دليلهم.

ويعلم من ذلك عدم اشتراط كون الحق مثلياً، بل يجوز كونه قيمياً أيضاً خلافاً للشيخ على مانقل في شرح الشرايع.

«المطلب الثالث في الكفالة»

قوله: «المطلب الثالث الخ» عقدها عقد شرع للتعهد بنفس من عليه

---

(١) جواب لقوله قده: اذا رضي المحتال الخ.

ويشترط رضا الكفيل والمكفول له.

مال لمن عليه.

دليل مشروعيّته الإجماع المنقول في التذكرة وبعض الأخبار.

قال في التذكرة: لابد فيه(١) من صيغة دالّة على الايجاب والقبول فيقول الكفيل: كفلت لك بدن فلان، أو أنا كفيل باحضاره، أو كفيل به، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه، لأنّ ذلك معبّر به عن الجملة.

ثم قال: والوجه(٢) عندي جواز الكفالة بالرأس، والكبد، وسائر الأعضاء التي لايمكن الحيوة بدونها، لانه يمكن الاحضار باحضار الشخص ولايمكن بدونه فيصرف اليه ولم يجوّزه بعض الأصحاب.

والتفصيل بالقصد وعدمه غير بعيد فتأمّل للأصل، ودليل الحوالة.

والبحث في اشتراط الصيغة والمقارنة كما تقدم في الضمان والحوالة.

قوله: «ويشترط رضا الكفيل والمكفول له» دليل اشتراط رضا الكفيل، ظاهر مع انه نقل في التذكرة الإجماع على ذلك وعدم الخلاف لأحد..

وكذا المكفول له الا انه خالف فيه احمد، وهو غير مسموع، لأنه مخالف للإجماع والعقل، فان الحق له، وهو طرف العقد فكيف يصحّ بدون رضاه.

واما المكفول فلا يشترط رضاه، قال في التذكرة: تصحّ الكفالة وان كرهها المكفول عند علمائنا (اجمع خ).

ولكن نقل عن الشيخ قولاً بالاشتراط واختاره(٣) هنا وفي ير.

---

(١) في التذكرة: لابدّ في العقد من صيغة الخ.

(٢) الظاهر انه نقل بالمعنى وعبارة التذكرة هكذا: ولو كفل رأسه أو كبده أو عضواً لايبقى الحيوة بدونه أو بجزء شايع فيه كثلثه أو ربعه، قال بعض علمائنا: لايصح، اذ لايمكن احضار ماشرط مجرداً ولايسرى العقد الى الجملة وقال بعض الشافعية: تصح الكفالة، لانه لايمكن احضار ذلك المكفل الا باحضار كلّه وهو الوجه عندي (انتهى).

(٣) ان عاد ضمير الفاعل في قوله قده: (اختاره) الى المصنف فغير موافق للنسخ التي عندنا من الارشاد

←

....

وضعفه، بالشهرة بل بالإجماع الذي يشعر به مانقلناه عن التذكرة، وبان الكفيل بمنزلة الوكيل للمكفول له في الاحضار، ولايشترط اذنه في التوكيل.

وانما قيل: بمنزلة الوكيل، لانه يجوز له الاحضار ولايجب عليه الحضور مالم يطلبه المكفول له منه، واذا طلبه يجب الحضور، سواء كان بنفسه أو بالكفيل أو بغيره ادّعى عليه الإجماع في شرح الشرايع، فان صحّ فلا بأس بعدم الاشتراط.

ولكن فيه تأمّل، لأنه قد يريد المكفول سفراً طويلاً في البحر وغيره عن موضع الكفيل والمكفول له بحيث لايتمكن عليه أو يتمكن بمشقة عظيمة وما طلبه المكفول له منه.

وحينئذٍ اذا لم يجز للكفيل منعه ولايجب عليه سماع كلامه، يلزم على الكفيل، الضرر، واذا لم يجوّزوا مثل هذا الضرر، فالاشتراط ليس ببعيد والا فعدمه هو المتوجّه ويمكن ذلك، لأنه ارتكبه بنفسه، ولهذا لايجوز للمكفول له منعه عن ذلك السفر اذا كان دينه مؤجلاً بأجل قليل جداً كما يظهر من كلامهم.

وفيه أيضاً تأمل فتأمّل.

مطبوعةً ومخطوطةً فانه ذكر اشتراط رضا الكفيل والمكفول له من غير تعرض لرضا المكفول نفياً واثباتاً.

ومع ذلك ففي العبارة اغلاق واجمال فانّ العلاّمة ره في التذكرة لم ينقل عن الشيخ قولاً بالاشتراط بل نقله عنه في التحرير قال في باب الكفالة من التحرير ص٢٢٤: مالفظه (ح) يعتبر في الكفالة رضا الكفيل والمكفول له ولاعبرة برضا المكفول وفي المبسوط: يعتبر رضاه واختاره ابن ادريس وفيه قوة (انتهى).

ويؤيده أن النسخ التي عندنا من المخطوطة والمطبوعة ضبطوا (ير) بالياء لا(ئر) بالهمزة فوقها كي أريد منها السرائر وان كان يؤيّده مافي المسالك حيث قال: واشترط الشيخ وابن ادريس في السرائر رضا المكفول أيضاً لانه اذا لم يرض الكفالة لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا يصحّ كفالته لانه كفالة بغير المقدور عليه، وفيه نظر (انتهى).

ففي المبسوط: اذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل عليه مال أو يدعي مالاً ففي الناس من قال يصح ضمانه ومنهم من قال: لايصح والاول اقوى (الى ان قال): الا انها لا تصح الا باذن من يكفل عنه (انتهى).

وفي السرائر: كفالة الأبدان عندنا تصح الاّ انها لا تصح الا باذن من يكفل عنه (انتهى).

وتعيين المكفول، فلو كفل احدهما أو واحداً منهما، فان لم يحضره فالآخر بطلت.

والظاهر عدم لزوم شيء على المكفول ان لم يحضره اذا كان بغير اذنه وأخذ منه ماعليه.

واما اذا كان باذنه وتعذر الاحضار وحبس وضيّق فأدّى بغير اذنه، فيمكن ان يكون له الرجوع لابدون الحبس قاله في التذكرة ويحتمل مع عدمه أيضاً.

واما اذا اذن في الأداء فيرجع مطلقا قاله في التذكرة، لأنه كالاذن للأجنبي بأداء دينه فانه يلزمه، سواء شرط الرجوع أم لا، ولكن قال في عدم الشرط: على الخلاف.

وقد مرّ تحقيقه، وأنه لو كان عرف أو قرينة يلزم، والا فلا فان الإذن أهمّ.

قوله: « وتعيين المكفول الخ» دليله غير واضح قاله في التذكرة ونقله عن الشافعي، قال: يشترط في المكفول التعيين، فلو قال: كفلت احد هذين أو كفلت زيداً أو عمرواً لايصح لأنه لم يلزم باحضار احدهما بعينه، وكذا لو قال: كفلت لك ببدن زيد على أني ان جئت به والا فأنا كفيل بعمرو لم يصح وكذا لو قال: ان جاء زيد فانا كفيل به أو ان طلعت الشمس، وبذلك كله قال الشافعي، ولو قال: انا احضره أو أودي ماعليه لم يكن كفالة.

لعلّ دليل الكلّ انها على خلاف الأصل فيقتصر على محلّ اليقين.

والذي يظهر، جواز ذلك ان كان المردّد فيهم كلّهم غرماء للمكفول له، ولايمنع عدم الالزام باحضار واحدٍ بعينه.

وكذا عدم التنجيز، فيمكن صحّة المعلّق بعد وقوع المعلّق عليه لعموم أدلّة صحّتها خصوصاً المسلمون عند شروطهم الثابتة بالرواية الصحيحة(١) والقول به

---

(١) الوسائل باب٦ حديث ١ و٢ من ابواب الخيار من كتاب التجارة ج١٢ ص٣٥٣.

والتعبير في الكفالة بما يدلّ على الجملة كالرأس، والبدن، والوجه دون اليد والرجل.

وتصح حالّة ومؤجّلة.

للعامّة والخاصّة.

وأيضاً الزامه اما بالاحضار او الأداء في قوله (لو قال خ ل): (انا احضره الخ) لما تقدم لعل في قوله(١): (لم يكن كفالة) اشارة الى صحّة ماذكره والالزام باحد الأمرين الا انه ليس بكفالة فتأمّل.

قوله: «والتعبير في الكفالة الخ» قد مرّ عن قريب تحقيقه ولكن يزيد هنا أن الشهيد الثاني قال: القول بعدم الصحّة في مثل الوجه والرأس والكبد لأصل البرائة وكون الأحكام متلقاةً عن الشارع، ومجرد الصدق العرفي في الأولين، وعدم الحيوٰة والاحضار الا بالكلّ في الثاني، لايكفي لانهما قد يطلقان على العضو أيضاً ويصحّ اطلاقه مجازاً في الثاني.

وفيه تأمّل، لان المتلقّاة صحّة الكفالة مجملةً بحيث يصدق عليه لاصيغتها فكلّ لفظ دالّ عليها ـ ولو بقرينة العرف وعدم امكان احضار العضو ـ يصلح لها، فيكون المقصود، الكل خصوصاً اذا عرفه المتكلّم والمخاطب وصرّحا به فلا مانع، بل الظاهر الصحّة كما هو مختار الاكثر لحمل كلام العاقل على الممكن دون اللغو سيما مع تسليمه فتأمل.

قوله: «وتصح حالّة ومؤجّلة» الأصل وعموم أدلّة الكفالة دليله.

والظاهر ان لاخلاف في المؤجّل، وقد نقل قولاً عن الشيخ في التذكرة باشتراط الاجل في الكفالة والضمان وليس بواضح والشهرة تؤيّده.

* * *

---

(١) يعني العلامة في التذكرة.

وترامي الكفالات.

والاطلاق يقتضي التعجيل.

ويشترط ضبط الأجل.

فان سلّمه الكفيل بعده تامّاً برئ، والا حبسه حتى يحضره أو يؤدّي ماعليه.

قوله: «وترامي الكفالات» وجه صحّة كفالة الكفيل وهكذا، ظاهر كما في الضمان والحوالة لأن الكفالة تقتضي حق الاحضار، وهو ثابت للثاني والثالث وهكذا، ولامعنى لدورها، هنا، ولهذا تركه.

قوله: «والاطلاق يقتضي التعجيل» وجهه انه ينصرف الى أنّه كفيل الآن، لانه مقتضى الكلام عرفاً وهو المتبادر عند الاطلاق، ولعله لانزاع فيه كما في سائر العقود.

قوله: «ويشترط ضبط الأجل» هذا هو المجمع عليه عند أصحابنا، ومستندهم الغرر الحاصل في المجهول مطلقا وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة والنقصان مثل ادراك الغلات ومجيئ القوافل.

قوله: «فان سلّمه الكفيل الخ» يعني لو سلّم الكفيل، المكفول الى المكفول له في موضع التسليم وزمانه تسليماً تامّاً ـ بان احضره عنده ولامانع من تسلّمه من كونه قوياً في ذلك الوقت وكون المكفول له ضعيفاً لايقدر عليه أو كونه في يد ظالم لايمكنه من أخذ الحق بخلاف ماإذا كان محبوساً عند الحاكم فانه لايمنع ذلك وهو ظاهر وصرّح به في التذكرة ـ برئ(١) الكفيل وهو ظاهر، لأنه أتى بما وجب عليه وان لم يتسلّمه صاحب الحق.

والظاهر عدم وجوب ردّه الى الحاكم، بل ولاالشهود الا ان يريد الاثبات

---

(١) جواب لقوله قده: لو سلم الكفيل.

....

واسقاط مطالبته مرّة ثانية بحسب ظاهر الشرع وظلماً في نفس الأمر.

والظاهر انه لو سلم نفسه أو سلّمه غير الكفيل في موضع التسليم عنه، الحكم، كذلك.

بل لايبعد ذلك لو سلّمه لاعنه أيضاً وان منعه في التذكرة حينئذٍ فتأمّل.

ويحتمل انه لو لم يسلّمه وادّى ماعليه وما يطلبه المكفول له عنه مع امكانه وجوازه -مثل كون ماعليه مالاً لاقصاصاً مثلاً-، برء أيضاً ويجب عليه قبوله، وهو بمنزلة أداء المالك، لأنّ الغرض حاصل.

ولايسمع بعض المناقشات، مثل ماإذا أدّى دين الغريم، اجنبي.

نعم ان قيل هناك بعدم الوجوب يمكن هنا أيضاً ذلك وان كان معه أيضاً احتمال الوجوب أقوى هنا لانه يريد الخلاص من الكفالة.

وأيضاً قد يتعذر ذلك عليه.

وأيضاً قد يكون تخيّل أوّلاً ذلك ورضي فالزامه بالاحضار تكليف وضرر فتأمل.

ويؤيّده أنه اذا امتنع من الاحضار لايحبسه الى الاحضار، بل اليه أو الى ان يؤدّيه الحقّ المطلوب كما اشار اليه بقوله: (والّا حبسه الخ) قال في شرح الشرايع: وهذا مذهب جماعة وذهب جماعة اخرى، منهم العلّامة في التذكرة الى عدم وجوب قبوله فله ان لايرضى بالحق بل يطلب الغريم، اذ قد يكون له غرض لايتعلّق بالأداء، أو بالأداء من الغريم بخصوصه، فان الاغراض قد تتفاوت، اذ قد يكون ماله لايخلو عن شبهة أو يخاف انه ان ظهر مستحقاً لايقدر على أخذ بدله منه(١)، ولأنه مقتضى الشرط.

---

(١) الى هنا نقل بالمعنى من المسالك مع اختلاف فراجع المسالك ج١ ص٢٦٣.

ولو قال: ان لم احضره الى كذا كان عليّ كذا، لزمه الاحضار خاصّة، ولو قال: عليّ كذا الى كذا ان لم احضره وجب المال.

فليس ببعيد مختار التذكرة وشرح الشرايع لما تقدم.

ومنه يعلم أيضاً عدم وجوب قبول الحقّ من غير من عليه الا ان يعلم ان ليس الغرض الّا اللجاج فتأمّل.

ويؤيد الأوّل أنّ الظاهر أنّ مقتضاها لزوم المال ان لم يحضره كما ذكر في التذكرة عن أبي حنيفة، وما ردّه وذكر في شرح الشرايع أيضاً الا ان يمنع ذلك أيضاً.

ومنه يعلم ان ليس له طلب المال بعد احضار الغريم بعينه ولايلزم الكفيل المال فتأمّل.

والظاهر ان الحبس، الى الحاكم فهو يحبسه الى ان يحصل مايقتضي مذهبه.

قوله: «ولو قال: ان لم احضره الخ» دليل هذه المسئلة على الاجمال روايتا أبي العبّاس الفضل بن عبدالملك البقباق عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما؟ قال: ان جاء به الى الأجل (أجل خ) فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً الّا أن يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الأجل الذي أجّله(١).

وعن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال: ان جئت به، والا فعلّي خمسمأة درهم؟ قال: عليه نفسه، ولاعليه شيء من الدراهم، فلو (فان خ) قال: عليّ خمسمأة درهم ان لم ادفعه اليه فقال: يلزمه

---

(١) اورده والذي بعده في الوسائل باب ١٠ حديث٢ و٣ من كتاب الضمان ج١٣ ص١٥٧.

....

الدراهم ان لم يدفعه اليه.

وفي أصل المسألة ودليلها تأمّل، لأنّه يعلم أيضاً كون مجرّد قوله: (ان لم احضره الخ) صيغة الكفالة و(على كذا الخ) صيغة الضمان وجواز التعليق فيهما مع اشتراطهم الصيغة الخاصّة والمقارنة وعدم التعليق.

ففيه دلالة على ماذكرناه من احتمال عدم اشتراط الصيغة الخاصّة والمقارنة على الوجه الذي ذكروه في العقود اللازمة وعدم جواز التعليق فتأمّل.

وللفرق(١) بين الكلامين بمجرد التقديم والتأخير وهو غير واضح، بل الواضح الحكم بضمان المال في الصورتين الا أنه قدّم في الثانية مايدل على الجزاء، والجزاء بنفسه ان جوزنا تقديمه وأخّره في الأولى.

لانه قد ثبت عند بعض المحققين من أهل العربيّة أنّ الحكم في الشرطيّة في الجزاء، والشرط قيد له وظرف ولاحكم بينهما في الحقيقة، وعلى تقدير وجوده بينهما أيضاً لايتفاوت بالتقديم والتأخير وهو ظاهر.

على ان الدليل لاينطبق على المطلوب لان ظاهر الدليل وقوع الكفالة بالنفس في الصورتين، وظاهر المتن خلافه.

ويمكن دفعه بان المراد بيان الكفالة بما ذكره لاوجودها بغيره قبله ويؤيّده قوله: (الاّ أن يبدأ بالدراهم) فهذا اشارة الى أنّ في الأولى كفالة النفس، وفي الثانية كفالة المال وهو ضمانه، وكذا في الرواية الثانية.

ولأن ظاهرها يدل على الأجل، وأنّ تعيّن الاحضار في الأولى ظاهر، والمال في الثانية مشروط بعدم الاتيان (بالمال خ) وبالاحضار، والمسألة في المتن

---

(١) عطف على قوله قده: وفي أصل المسألة ودليلها تأمل ولكن في بعض النسخ المخطوطة هكذا: والفرق بين الكلامين بمجرد التقديم والتأخير غير واضح.

....

خالية عنهما، بل (في خ) مفهوم الأولى أنه ان لم يأت به الى الأجل، يلزمه المال في الصورة الأولى وليس فيها تعيين (تعيّن خ) الإحضار، بل ظاهرها تعيين المال أيضاً، ولافي الصورة الثانية أيضاً تعيين (تعيّن خ) المال، بل ظاهرها لزوم المال، فان لم يأت به في الأجل يضمن المال.

ولأنّ كون المال المذكور في الرواية لايظهر كونه هو الحقّ المضمون خصوصاً الرواية الثانية وان كان ظاهر المتن أيضاً كذلك الّا أن الظاهر أنّ المراد ذلك فالحكم المذكور لايخلو عن اشكال كمضمون الروايتين.

والظاهر أنها غير مجمع عليها، ولهذا نقل عن المصنّف وحده في شرح الشرايع أربعة أقوال، وعن غيره أيضاً بعض الأقوال، ولكن بتغيير مّا بحيث ماعلم الحكم بفساد الحكم بالكلّية.

وسندهما أيضاً غير صحيح ولاحسن، بل موثق، الاولى(١) لداود بن الحصين فانه قال النجاشي: ثقة، وقال الشيخ في كتاب رجاله: واقفي، فهو واقفي ثقة.

والثانية لحسن بن محمد بن سماعة، قالوا: إنه واقفي ثقة وان كان فيه ابان(٢) أيضاً ولكن قيل: هو ممن أجمعت عليه، وغير واضح كونه ناووسيّاً، بل قيل كان ناووسيّاً، وفي كتاب الكشي الذي عندي: قيل: كان قادسيّاً أي من القادسية فكأنه تصحيف وبالجملة وهو لابأس به، واحسن من الحسن.

---

(١) سندها هكذا ـ كما في التهذيب ـ احمد بن محمد، عن ابن أبي نصر، عن داود بن الحصين، عن أبي العباس.

(٢) وسندها كما في الكافي باب الكفالة الخ هكذا: حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد الكندي، عن احمد بن الحسن الميثمي، عن أبان بن عثمان، عن أبي العباس. يعني بالكندي ابن سماعة الكندي كما صرّح به النجاشي.

....

فقول شارح الشرايع: وفي رواية أخرى في طريقها ابان بن عثمان -بعد ذكر الرواية الاولى- محل التأمّل، وكذا قوله: بقي الكلام في المستند فان في سند الروايتين ضعفاً وجهالة في بعض رجالها.

فانه لاجهالة ولاضعف فانه لاقصور في سندهما الا ماأشرنا اليه من القول في داود: انه واقفي، مع قول النجاشي انه ثقة والقول في الحسن(١)، مع قول الشيخ في الفهرست: انه جيّد التصانيف نقّي الفقه حسن الانتقاد، وابان، مع انه ممن اجمعت، وكثيراً مايسمّى خبره صحيحاً.

والروايتان بالحقيقة واحدة لأنّ الراوي هو أبوالعباس.

فلا يبعد تركهما وترك ماقيل فيهما، والقول بمقتضى القوانين بأن يقال: فان كان التعليق مطلقا مبطلاً للكفالة والضمان فالمسألتان باطلتان لذلك الّا أن أوقع صيغتيهما قبل هذه الشرطيّة فيعمل بها ويحكم ببطلان الشرطين (فيحكم خ) بالحكم المقرر فيهما.

وان جوز مطلقا أو بخصوصهما لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي أن يكون الحكم في الصورتين بالزام الحق المضمون وضمانه ان لم يحضره في الأجل ولايكلّف بالاحضار ولايكون كفالة بوجه ولكن ان احضره قبل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط.

ولايبعد حمل الرواية الاولى على هذا بتمحّلٍ في قوله عليه السلام: (وهو كفيل بنفسه ابداً)، بانه لايخلصه من تسليم الدراهم، الا احضاره.

وكذا الثانية بأن يكون المراد بقوله عليه السلام: (ولاعليه(٢) شيء من الدراهم) ان جيئ به.

---

(١) يعني الحسن بن محمد الكندي.

(٢) في الرواية ولاشيء عليه من الدراهم.

ولو اطلق غريماً من يد صاحبه قهراً لزمه احضاره أو أداء ماعليه، ولو كان قاتلاً لزمه الاحضار أو الدية.

والظاهر أنّه المراد ليتوافق الاولى، وأنّه يرجع حاصل الصورتين فيهما الى أمر واحد.

وفي ظاهر الروايتين، تخالف في الحكم ويمكن كون ذلك بحسب الظاهر لابحسب نفس الأمر لوجود تغييرمّا في لفظهما، فانه ليس بمنقول لفظا عنه عليه السلام بل معنى فتأمّل.

ويمكن أن يكون المراد سبق ذكر الكفالة في الأولى بأن قال: (على نفسه)، ثم قال: (فان لم احضره فعلى كذا وكذا) وفي الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله: (عليّ المال مثلاً الخ) ولاحكم للشرطيّة ويكون مافهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الاولى لحصول الغرض، وهو استيفاء الحق كمامرّ انه مقتضى الكفالة.

وان معنى قوله: (فهو له ضامن ان لم يأت به الى الأجل الذي أجله) أنه ان سلّم المال في الأجل وتسلّمه، والا فهو ضامن ولابدّ من الخروج عن العهدة، وكذا في الرواية الثانية.

ويمكن جعل الدراهم غير الحق الذي في ذمّة المضمون عنه بان خلّص المضمون عنه من يد الخصم بقوله له: (خلّه ولك عليّ كذا) امّا بنذر أو جعل عوضاً لما فعله ونحو ذلك فلا يقبل منه الا ذلك.

هذا ماخطر بالبال في توجيه هذه المسألة ودليلها، وفيها كلام كثير للأصحاب خصوصاً للشهيد الثاني، وتركته لعدم الوضوح والفائدة فتأمّل.

قوله: «ولو اطلق غريماً الخ» دليله انه ضامن وغاصب لليد فعليه ماأخذ من اليد غصباً أو ماهو المطلوب منه، وهذا على تقدير الاكتفاء من الكفيل بالمال ظاهر.

ولايجب تسلّم (تسليم خ) الخصم قبل الأجل، ولاالممنوع من تسلّمه بيد القهر، ويجب بعد الأجل والمحبوس شرعاً.
ويبـرأ الكفيل بموت المكفول.

واما على تقدير تكليفه باحضار النفس فلا، فكأنه بناءً على مااختاره هناك ويحتمل حملها على تقدير تعذر تسليم المكفول، ولو كان الذي استخلصه من يد صاحب الحق قاتلاً والحق الذي عليه كان قتلاً، يلزم المخلّص الاحضار أو الدية، ويمكن كون ذلك الحكم في الكفالة أيضاً، ولكن الظاهر تخصيصه فيهما بصورة التعذر فتأمّل.

قوله: «ولايجب تسليم الخ» دليله ماتقدم من عدم قبول الحق قبل الأجل، وقد علم أيضاً عدم وجوب التسلّم، وعدم براءة ذمّة الكفيل من تسليم المكفول محبوساً أو ممنوعاً من تسلّمه بيد القهر والظلم الّا ان يكون محبوساً بحق.

قوله: «ويبرأ الكفيل الخ» وجهه ظاهر وكأنه مجمع عليه للأصحاب، والغرض، الرد على بعض العامّة حيث أوجبوا المال على الكفيل الا انه قال في شرح الشرايع: هذا اذا لم يكن الغرض، الشهادة على صورته والا وجب احضاره ميتاً وان كان بنبش قبره، لأنه مستثنىٰ.

لعلّه يريد مع اشتراطه على الكفيل حين الكفالة، لانه نقل ذلك في التذكرة عن بعض الشافعيّة، وقال: ليس بجيّد لأن على الاحضار، انما يفهم منه احضاره حال الحياة وهو المتعارف بين الناس -والذي يخطر بالبال- وهذا هو المعقول.

نعم لو صرّح حين الكفالة -بذلك ولو قصداً- يمكن الايجاب فكأنه مقصود الشارح، لاماقاله بعض الشافعيّة فتأمّل.

وكذا بتسليم المكفول نفسه، سواء قال عن الكفيل أم لا، وكذا لو سلّمه كفيل آخر، لان المقصود حصوله بيد المكفول له في وقت المطالبة من غير مانع وعدم

وتسليم نفسه، وباحضار الكفيل الآخر له.

ولو كفله من اثنين لم يبرأ بالتسليم الى أحدهما.

وينظر الكفيل بعد الحلول بقدر الذهاب الى بلد المكفول واحضاره.

وينصرف الاطلاق الى التسليم في بلد الكفالة ولو عيّن غيره لزم.

الفرق بين الأخذ من الكفيل وغيره بخلاف أخذ المال، فلو سلمه الاجنبيّ أيضاً يكون كذلك كما اطلق جماعة كما في الشرايع.

وغيره نقل المنع عن الشيخ في تسليم الكفيل الآخر، فلو خلّص بعد ذلك من يده يجب عنده على الآخر تسليمه.

وهو بعيد بل قال: لو سلمه عن جهته أيضاً بغير اذنه لم يجب عليه القبول، اذ لايجب عليه قبض الحق الا ممن عليه، لكن لو قيل: برئ الكفيل لكان جيّداً، فتأمّل فيه.

قوله: «ولو كفله من اثنين الخ» وجهه أيضاً ظاهر، لان الحقّ لهما فلا يبرأ بالتسليم الى احدهما كتسليم المال المشترك الى احد الشريكين الا ان يكون المتسلّم وكيل الآخر.

قوله: «وينظر الكفيل الخ» وجه إمهال الكفيل -حين غيبة المكفول عن بلد يجب تسليمه فيه- واضح، اذ يلزم التكليف بما لايطاق وكون ذلك بعد حلول الاجل الموعود أيضاً ظاهر، ومعلوم أنّ المراد اذا عرف وجوده في موضع معيّن لامن انقطع خبره.

قوله: «وينصرف الاطلاق الخ» وجهه واضح اذا لم يكن قرينة تدل على تعيين المراد في بلد غير ذلك، مثل كونه في بريّة أو محلّ يسافر منه الى بلد آخر

والقول قول المكفول لـه لو ادّعى الكفيل انتفاء الحقّ، ولو ادّعى الإبراء حلف المكفول له، فان ردّ برء من الكفالة دون المكفول، من الحق.

يحلّ في ذلك البلد وغير ذلك.

وبالجملة ـ مع التعيين صريحاً أو بالقرينة ـ يجب التسليم في المعيّن، ومع عدمه وعدم شيء يدل على عدم ارادة ذلك البلد ينصرف اليه، ومع وجوده وعدم مايدلّ على التعيين لايبعد اشتراط التعيين، فلو لم يعيّن يبطل فتأمّل وقد مرّ مثله.

قوله: «والقول قول المكفول له الخ» وجهه أيضاً ظاهر، لأن الكفيل قائل بالكفالة، وهي ـ من دون ثبوت حق في ذمّة المكفول ـ غير معقول فلا يسمع ولايحلف له.

نعم لو ادّعى الإبراء بعدها فهو مدّعٍ، والمكفول له منكر، فالقول قوله مع يمينه كما في سائر الدعاوي، فان ردّ اليمين فحلف الكفيل بالإبراء برأ عن الكفالة، ولايبرأ المكفول عن الحق، فله أخذه منه إلّا أن يدّعي هو أيضاً واثبته بالبيّنة أو باقراره أو حلفه بعد ردّ اليمين عليه، وهو ظاهر.

«المقصد الخامس في الصلح»

ويصحّ على الاقرار والإنكار مالم يغيّر المشروع.

«المقصد الخامس في الصلح»

قوله: «المقصد الخ» في التذكرة وغيرها: الصلح عقد شرع لقطع التنازع، وهوعقد سائغ بالنص والإجماع.

والنص من الكتاب قوله تعالى: «وَانْ امرأة، خافَت مِن بعْلِها نشوزاً أو إعراضاً فلا جُناحَ علَيْهِما أن يُصلِحا بينَهما صُلْحاً، والصلْحُ خيْر»(١)، وقوله تعالى: «وَانْ طائِفتانِ مِنْ المؤمِنينَ اقْتَتَلوا فأصْلِحوا بيْنَهما»(٢).

ومن السنّة من طريق العامّة ماروي عن النبيّ صلّى الله عليه وآله قال: الصلح جائزبين المسليمن الا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً(٣).

ومن الخاصّة ماروه حفص بن البختري ـ في الحسن لإبراهيم ـ عن الصادق عليه السلام، قال: الصلح جائز بين الناس(٤).

(١) النساء ـ ١٢٨. (٢) الحجرات ـ ٩.

(٣) سنن أبي داود ج٣ ص٣٠٤ باب في الصلح حديث١ رقم ٣٥٩٤ وبهذا المضمون قد ورد من طريق الخاصّة أيضاً فراجع باب٣ حديث٢ من كتاب الصلح من الوسائل.

(٤) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الصلح ج١٣ ص ١٦٤.

....

وهذا اعم من الخبر العامّي.

وما رواه محمد بن مسلم -في الصحيح- عن الباقر عليه السلام، ومنصور بن حازم -في الصحيح- عن الصادق عليه السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولايدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ماعندك ، ولي ماعندي؟ فقال: لابأس بذلك اذا تراضيا، وقال منصور في حديثه: وطابت انفسهما(١).

(وخ) لكن ليس فيهما صراحة بالصلح فتأمّل.

وصحيحة عمر بن يزيد -الثقة- عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا كان للرجل (رجل خ) على الرجل (رجل خ) دين فطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة، لهم، وما بقي، فهو للميّت (فللميّت ئل) يستوفيه منه في الآخرة، وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو (كله ئل) للميّت، يأخذه به(٢).

وفيها فوائد، مثل عدم صحّة الصلح: بأقلّ بمعنى عدم برائة ذمّة المشغول به الا عمّا اعطى (اعطاه خ).

وان صاحب الحق يملكه عوضاً عن بعض ماله.

وأنه يقضي الدين عن الميّت.

وان مابقي في ذمّة الغريم هو للمالك الأصلي لاللوارث.

والأخبار الدالّة على إصلاح ذات البين والصلح، كثيرة(٣).

---

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الصلح. وفي طريق الصدوق والكليني أيضاً عن محمد بن مسلم: وطابت أنفسهما.

(٢) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من كتاب الصلح.

(٣) راجع الوسائل باب ١ و٢ و٣، وغيرها من كتاب الصلح.

ولكن في الاستدلال بها على الصلح بالمعنى المذكور تأمّل كما في الآيتين.

وبالجملة لانزاع ولاشبهة في جوازه في الجملة، وانما النزاع في كونه مسبوقاً بخصومة ودعوى أم لا؟ وهل هو فرع على غيره أم عقد مستقلّ بنفسه؟ وظاهر التذكرة أنه لانزاع عند علمائنا فيهما، بل عام ومستقلّ عندهم.

ولكن الظاهر كونه عاماً غير مشروط بسبق دعوى وحكومة ونزاع ثابت باجماعهم من غير نقل نزاع (خلاف خ) عنهم فيه.

نعم لبعض العامّة ـ فيه نزاع ـ بخلاف الاستقلال فانّه نقل عن الشيخ في شرح الشرايع قولاً عن المبسوط بأنه فرع العقود الخمسة كما هو مذهب الشافعي.

فرع البيع اذا افاد نقل عين بعوض معلوم.

وفرع الاجارة ان افاد نقل منفعة بعوض.

وفرع الهبة اذا تضمن ملك عين بغير عوض.

وفرع العارية ان تضمن اباحة منفعة بغير عوض.

وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين كلاً أو بعضاً.

والفرق بين الشيخ والشافعي أنه لابدّ في كلّ ذلك عنده من سبق دعوى بخلاف الشيخ ففائدة الخلاف بينهما ظاهر.

وكذا بين باقي الأصحاب والشيخ، لان عنده حكم الصلح في الاحكام حكم ماجعل فرعاً له في الأحكام (ففي الأوّل) بيع فيحتاج الى شرائطه ويجري فيه جميع أحكامه، من اشتراط الكيل والوزن، والتقابض في المجلس ان كان صرفاً، وعدم الربا وان قيل باختصاصه بالبيع وغير ذلك من الأحكام، وكذا في غيره من باقي العقود.

فالدليل على الحكم الأوّل ـ وهو كونه عاماً غير مشروط بسبق نزاع ـ إجماع الأصحاب المفهوم من التذكرة، وانه تجارة، وأنّه عقد فيعمّ كسائره مثل قوله:

....

أوْفوا(١)، والمسلمون عند شروطهم(٢)، وأن للناس مايفعلون في اموالهم عقلاً، ونقلاً(٣) حتى يعلم المانع، وقوله عليه السلام: الصلح جائز(٤)، فانه يعمّ، وصحيحتا محمد ومنصور عن أبي عبدالله عليه السلام(٥)، وهما صريحتان في ذلك.

وكذا صحيحة الحلبي (وغير واحد عن أبي عبدالله عليه السلام ئل): في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال: ان كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس(٦).

وصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة(٧).

وصحيحه أيضاً قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن (على خ كا) رجل ضماناً (ثمّ صالح على بعض ماصالح عليه (٨) ؟ قال: ليس له الّا الذي صالح عليه(٩) ومثلها في الموثق عنه(١٠).

ويحتمل كونها هي بعينها، لأنه نقلها في التهذيب في بحث الصلح بسند

---

(١) المائدة - ١.

(٢) راجع الوسائل باب ٦ حديث ١ و٢ و٥ من ابواب الخيار ج١٢ ص ٣٥٢.

(٣) اشارة الى النبوي المعروف: الناس مسلطون على اموالهم - عوالي اللآلي ج١ ص٤٥٨ رقم ١٩٨.

(٤) تقدم آنفاً في أوائل هذا البحث موضع نقله من العامة والخاصة.

(٥) تقدمتا آنفاً.

(٦) الوسائل باب ٥ حديث ٣ من كتاب الصلح.

(٧) الوسائل باب٥ حديث٤ من كتاب الصلح.

(٨) ليست هذه الجملة بموجودة في صحيح عمر بن يزيد بل في موثق ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام فراجع الوسائل باب٦ حديث٢ من كتاب الضمان.

(٩) الوسائل باب ٦ حديث ١ من كتاب الضمان ج ١٣ ص ١٥٣.

(١٠) الظاهر ان مراده قده قوله:(في الموثق) ماروه الكليني ره (في باب الصلح من كتاب التجارة) عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن عيسى، عن ابن بكير، عن عمر بن يزيد.

....

موثق ـ بعبدالله بن بكير(١) ـ مع وجود محمد بن خالد(٢) ـ كأنّه البرقي، وقيل فيه شيء وفي بحثّ الضمان ـ بحذف السند ـ عن عمر بن يزيد، ولكن لمّا رأيت أنّ سنده اليه في الفهرست صحيحاً(٣)، قلت: في الصحيح فتأمّل.

وفيها دلالة على ان الضامن انما يأخذ ماعطاه لاماضمن فتأمّل.

وصحيحة الحلبي، عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي اقفزة من حنطة معلومة يطحنها بدراهم (يطحنون بالدراهم خ)، فلما فرغ الطحّان من طحنه نقده الدراهم وقفيزاً منه، وهو شيء قد اصطلحوا عليه فيا بينهم؟ قال: لابأس به وان لم يكن ساعره على ذلك(٤).

وغير ذلك من الاخبار، والإجماع، كافٍ في ذلك مع عدم ظهور المخالف منّا.

واما التعريف(٥) فيحتمل ان يكون بناءً على جعله (اعم خ) لما قاله الاصحاب والعامّة، لانهم يبحثون معهم في مسائل، فجعل التعريف المتفق بينهم.

---

(١) رواه في باب الكفالات والضمانات من التهذيب بإسناده، عن محمد بن علي بن محبوب، عن بنان بن محمد، عن صفوان، عن ابن بكير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن الخ و(في باب الصلح بين الناس)، عن الحسين بن سعيد، عن محمد بن خالد، عن ابن بكير، عن عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام الخ.

(٢) هكذا ذكره قدس سرّه لكن في رجال المتتبع الميرزا محمد الأردبيلي عند ذكر طرق الشيخ ره هكذا:

(٣) والى عمر بن يزيد مجهول في الفهرست، واليه صحيح في التهذيب في باب حكم الجنابة في الحديث الثاني عشر والثالث عشر والحادي والعشرين، وفي باب حكم الحيض في الحديث الخامس عشر، وفي باب صفة الوضوء من ابواب الزيادات في الحديث الثامن (انتهى) وهكذا أيضاً نقله المحقق المامقاني في رجاله.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب الصلح.

(٥) يريد به ماتقدم من تعريف الصلح بانه عقد شرع الخ.

....

ويحتمل ان يكون المراد ماشرع لقطع النزاع أصالة كما هو الظاهر، وهو لاينافي جريانه في غير النزاع أيضاً وان لم يكن ذلك مقصوداً من شرعه كما قيل في قوله تعالى: «أُعدّتْ للمتقين» (١) ـ أي الجنّة واعدّت للكافرين(٢)ـ أي النار ـ فانه لاينافي دخول غير المتقي، الجنّة ـ والعاصي الغير الكافر، النار.

على ان التعريف غير منقول من الشارع، لأنه غير معلوم، ثبوت حقيقة شرعيّة اصلاً فكيف هذا بخصوصه فهو إصطلاح بعض الفقهاء وكلّ من لم يجعله أعمّ اكتفى به، ومن جعله عامّاً لم يكتف به بل يعرّف بما يقتضي مذهبه والاحكام الثابتة عنده.

واما النزاع الثاني(٣) الذي وافق المبسوط فيه بعض الجمهور على مانقله في شرح الشرايع، فما نعرف وجهه، فانّ الظاهر ان غير البيع ليس ببيع، ولافرعه في أحكامه فلا يكون حكمه حكمه وان افاد فائدته الّا بدليل، والدليل ليس بواضح، فكان قول المبسوط، نقل عن العامّة لامذهب له.

ولهذا قال في التذكرة: الصلح عند علمائنا اجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره (انتهى) وما نقل عن المبسوط خلافاً وظاهر الأدلّة المتقدّمة يقتضي عدمه أيضاً وهو ظاهر فتأمّل.

فكأنه يقول: عقد البيع مايفيد تمليك عين معلوم بشيء معلوم، ومثله في تعريف الاجارة فيكون الصلح راجعاً الى أحد الأُمور المذكورة ولايكون عقداً برأسه للأصل وصدق تعريف غيره عليه فتأمّل.

ولعلّه ظهر من الأدلّة المتقدمة كونه جائزاً عاماً مالم يجعل به الحرام حلالاً

---

(١) آل عمران ـ ١٣٢. (٢) البقرة ـ ٢٤ وآل عمران ـ ٢٣١.

(٣) الذي تقدم بقوله قدس سره: نعم لبعض العامّة فيه نزاع الخ فلاحظ.

....

بان يجعل الصلح مشتملاً على ربا ان عمم الربا في البيع وغيره ولكن المصنف لم يعمم فصرّح في التذكرة بجواز الربا وعدم اشتراط القبض في المجلس اذا كان الصلح في الأثمان بمثله وغيره ممّا ثبت تحريمه مثل استرقاق حرّ واستباحة بضع محرّم.

وبالعكس(١) مثل عدم الانتفاع بما هو حلال مثل أن لايطأ زوجته وأمته ولاينتفع بماله الحلال وغيرها.

وهو ظاهر معتبر، في جواز جميع العقود، بل يعتبر في جميع الأُمور الجائزة عدم اشتماله على حرام.

الا انه جرى عادتهم في انهم انما يذكرون هذا في الصلح فقط، فكأنه لوجوده في الخبر المتقدم والذي يأتي، ولتجويزهم على العموم يدفعون وهم من يتوهم من الجهّال.

ثمّ اعلم ان ظاهرهم اشتراط الصيغة الخاصّة للايجاب والقبول والمقارنة كما في سائر العقود اللازمة فانه عقد لازم، للأدلة المتقدّمة مثل أوفوا بالعُقود(٢)، ولان الأصل فيها اللزوم.

ولكن في اقتضاء كونه عقداً لازماً ذلك بحث تقدم(٣) وظاهر الاخبار المتقدمة خلاف ذلك خصوصاً صحيحتي محمد ومنصور، والاصل كذلك.

والبحث في جواز المعاطاة مثل ماتقدم، فكأنه ماذكر المصنف هنا.

وفي التذكرة وغيرها، انه لابد من الايجاب والقبول والمقارنة على حدّ سائر العقود حوالة عليها أو يكون له فيه التأمل فتأمّل.

---

(١) عطف على قوله قده: (مالم يحل به الحرام الخ).

(٢) المائدة ـ ١. (٣) يعني في كتاب التجارة.

ومع علـم ا لمصطلحين **وجهلهـما** بقدر المـال المتنازع عـليه ديـنا كان أو عيناً لاما وقع عليه الصلح.

ولعله ظهـر ممّا تقدم صحّته مع الاقرار والانكار مالم يشتمل على منهيّ عنه من عمـوم الأدلّة المتقـدمة، والإجماع المـدّعىٰ في التذكـرة، قال: ويصحّ الصلح على الإقرار والإنكار عند علمائنا أجمع وبه قال أبوحنيفة.

فكأنّ الأصحاب يريدون الرد على الشافعي حيث منع في الإنكار.

فإن كان فيه نهي متعلّق بأركانه بحيث لايصلح لذلك مثل كون مايصالح عليه استرقاق حرّ، وتحريم بضع حلال، يبطل، وان كان غير ذلـك فيحرم فقط وهو ظاهر.

ولـكن معنى صحّـته مع الإنـكار غير ظاهـر، ولـعلّ المـراد أنـه اذا لم يكن أحدهما عالماً بـبطلان دعـواه، او الذي يعطـي شيئاً يكـون عالماً فقط ويعطيه لقطع النـزاع وعدم الحلف فهـو صحيح ظاهراً أو في نفس الأمـر، واذا كان المـدعي عالماً بالفساد فهـو غير صحيح في نفس الأمر ولايملك شيئاً، وكذا مازاد على مافي ذمّته مع الإقـرار أيضاً واما اذا كـان كلاهما أو المنكر فقط عـالماً فلا تبرء ذمـته من شيء في نفس الأمر الا مااعطى ولايصحّ ذلك الصلح، وانما يملك عوضاً عن ماله فتأمّل.

قـولـه: «ومع علم المصطلحين الخ» اشارة الى شـرائط صـحّته، قال في التـذكرة: أركانه أربعـة، المصطلحان ويشترط كونهما جـائزي التصرف كما في سائر العقود، ورضاهما(١) إجماعاً، والمصالح عليه، والمصالح عنه.

ويشترط فيهما التملك، فـلو كـان غير مملوك مـثل خمـر، أو استـرقاق حرّ، أو استباحـة بضع محرّم لم يـقع ولم يفد الـعقد شيـئاً، بل يـقع باطـلاً بلا خلاف، وكذا يبطل على مال غيـره لعدم الملكيّة بالنسبة اليها.

---

(١) يعني رضا المصطلحين.

....

ولايشترط العلم بما يقع الصلح عنه، لاقدراً ولاجنساً، بل يصح، سواء علما قدر ماتنازعا عليه وجنسه أو جهلاه، ديناً كان أو عينا، وسواء كان ارشاً أو غيره عند علمائنا أجمع وبه قال أبوحنيفة(١) لعموم قوله تعالى: «وَالصلحُ خيْرٌ»، وقوله صلّى الله عليه وآله: الصلح جائز(٢).

والروايات المتقدمة خصوصاً صحيحتي محمد ومنصور.

واعلم أنه لاكلام في الصحة مع علمهما فاذا رضيا بالصلح حينئذٍ صحّ أيّ شيء كان المصالح عنه واما مع جهلها بالكلية بذلك فهو أيضاً صحيح مع حصول الرضا لما تقدم من الأدلّة خصوصاً الأخيرة.

واما اذا علم القدر والعين، وامكن ايصالهما بعينهما أم لا، فان كان العالم هو صاحب الحقّ فقط دون الغريم ورضي بالصلح الواقع وان كان بأقل فالظاهر انه أيضاً صحيح في نفس الأمر، ومملّك ومبرء لذمّة الغريم وهو ظاهر وان كان العالم هو الغريم فقط وكان الحق عيناً يمكن ايصالها فيشكل صحّة الصلح في نفس الأمر وان كان مايصالح عليه اكثر الا ان يعلمه ويصرّح (او يصرّح خ) بـ(مهما كان) ورضي في نفس الأمر به.

ويمكن مع عدم ذلك، الصحّة بالنسبة الى المستحق ظاهراً بمقدار ماأخذ وكونه عوضاً ومقاصّة أو للحيلولة فتأمّل.

وان كان ممّا لايمكن الايصال فلا يبعد الصحّة بالاكثر والمساوي لابالأقلّ الا على الوجه المتقدّم.

وان كان دينا فلا كلام مع المساواة والزيادة.

---

(١) واحد (التذكرة).

(٢) من قوله قده واركانه أربعة الى هنا من التذكرة منقول بالمعنى فراجع التذكرة البحث الثاني في الأركان (من كتاب الصلح) وموضع الآية والرواية قد تقدم آنفاً.

....

واما مع نقصان مايصالح عليه من الحقّ فلا يصلح ولايبرء الّا بالاعلام أو الرضا الباطني المعلوم الشامل لما يكون، وبدون ذلك يصحّ فيما قابل ويبرأ عنه، بل لاصلح، وانما الابراء في الحقيقة لايصال بعض الحقّ لاللصلح كما قاله في شرح الشرايع، وهو ظاهر من القواعد المقرّرة.

ويدلّ عليه أيضاً رواية علي بن أبي حمزة، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهوديّ أو نصرانيّ كانت له عندي أربعة آلاف درهم فمات (مات ثل) (يجوزخ)لي ان اصالح ورثته ولاأعلمهم كما كان؟ قال: لايجوز حتى تخبرهم(١).

ولايضرّ ضعف على بن أبي حمزة، بانه البطائني الواقفي المردود، لانه(٢) الذي يروي عن أبي الحسن عليه السلام دون الثمالي الثقة.

وصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة(٣).

ولان دليل الصحّة مع الجهل مخصوص بصورة الجهل الذي تقدم كما مرّ في صحيحة محمد ومنصور(٤).

ولافرق فيما تقدم في الصلح مع الاقرار والانكار.

واما معلومية مايقع عليه الصلح فالظاهر أنه لانزاع فيه اذا لم يكن هو ممّا يصالح عنه، مثل ماتقدم في صحيحتي محمد ومنصور، لأنه طرف لعقد مقدور المعلوميّة فلابدّ ان يكون معلوماً ليندفع الغرر كما في سائر العقود.

---

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من كتاب الصلح ج ١٣ ص١٦٦.

(٢) تعليل لقوله قده: ولايضرّ ومراده قده انه روى عن أبي الحسن موسى عليه السلام وذلك قبل وقفه وهو غير ضائر ويمكن جعله تعليلاً أيضاً لكونه البطائني لاالثمالي فانه لايروي عن أبيْ الحسن.

(٣) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من كتاب الصلح

(٤) لاحظ الوسائل باب٥ حديث١ من كتاب الصلح.

ويكفي المشاهدة في الموزون.

ويصحّ على عين بعين ومنفعة، وعلى منفعة بعين ومنفعة.

ولكن الظاهر أنه يكفي العلم في الجملة اما بوصفه أو مشاهدته ولايحتاج الى الكيل والوزن، ومعرفة أجزاء الكرباس والقماش، والثياب، وذوق المذوقات، وغير ذلك ممّا هو معتبر في البيع ونحوه.

للأصل، وعدم دليل واضح على ذلك، وعموم ادلّة الصلح المتقدّمة، ولأن الصلح شرع للسهولة والارفاق بالناس يسهل ابراء ذمتهم فلا يناسبه الضيق، ولأنه مبني على المسامحة والمساهلة، واليه اشار بقوله: (ويكفي المشاهدة في الموزون) وان خالف فيه البعض.

قال في الدروس: والأصحّ انه يشترط العلم في العوض اذا امكن، وقال في موضع آخر: ولو تعذر العلم بما صولح عليه جاز (الى قوله): ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة الى الانتقال فالأقرب الجواز.

وهو مختار شارح الشرايع أيضا ولانعرف له دليلاً، وما تقدّم ينفيه ويؤيّده التجويز عند التعذر، فان ذلك لايجوز في البيع عندهم فتأمّل، وان ثبت كونه فرعاً(١) فثبت فيه جميع ماثبت في أصله، فيكون الشيخ في المبسوط أيضاً مخالفاً، الله يعلم فتأمّل واحتط.

ولايختصّ بشيء، فانه يجوز لاسقاط الدعوى واسقاط الخيار، والتحجير والأولويّة في موضع مباح مثل موضع من السوق، والخان، والمسجد، والمدرسة، صرّح به في التذكرة وغيرها فتأمل في نحو المسجد.

قوله: «ويصحّ على عين الخ» الأقسام أربعة، وجه صحّة الكلّ

---

(١) ان ثبت كون الصلح فرعا من احد الامور الخمسة ولم يكن مستقلاً في العقديّة فكلّ صلح مفيد لاحدها بحكم الأصل.

ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بالعكس صحّ وان لم يتقابضا.

وهو لازم من الطرفين لايبطل الاّ بالتراضي.

ولو اصطلح الشريكان على اختصاص أحدهما بالربح والخسران، والآخر برأس ماله صحّ.

واضح، وهو عموم أدلّة الصلح من غير مانع.

قوله: «ولو صالحه على دراهم الخ» وجه الصحّة من غير قبض في المجلس، هو كونه عقداً ومعاوضة برأسه، وعدم دليلٍ على اشتراط القبض في المجلس الا في بيع الصرف، وكذا يصح مع اشتمال زيادة احدهما على الآخر وان كانا ربويّين على رأي المصنف لاغيره، لأنّ الربا عنده مخصوص بالبيع، ولكنه قوّى في الدروس(١) جواز صلح مأة، على خمسمأة وان كان الربا عامّاً، لأنه هنا ابراء ولاربا فيه، لرواية غير صحيحة، ولاصريحة، على انه قائل بأنه عقد برأسه، لافرع، وأنه لابدّ من كون خمسمأة ديناً وفي الذمّة فتأمّل.

قوله: «وهو لازم من الطرفين الخ» دليله ماتقدّم من «أوفوا» ونحوه، وأنّه عقد برأسه، نعم لوقيل بالفرعيّة يكون جائزاً في بعض الأفراد، مثل أن يكون عارية أو هبة، فلا يبطل الا بالتراضي.

ولعلّ وجه جواز الابطال بالتراضي والتقائل، الإجماع، وأنّه أكل مال بطيب نفس، وتجارة عن تراض كما في إبطال سائر العقود.

قوله: «ولو اصطلح الشريكان الخ» دليله عموم أدلّة الصلح،

---

(١) عبارة الدروس هكذا ولو صالح على غير الربوي بنقيصة صحّ ولو كان ربويا وصالح بجنسه روعي احكام الربا لانها عامة في المعاوضات على الاقوى الاّ ان نقول: الصلح هنا ليس معاوضة، بل هو في معنى الابراء وهو الأصح، لان النبيّ صلّى الله عليه وآله قال لكعب بن مالك: اترك الشطر واتبعه ببقيته وروي ذلك عن الصادق عليه السلام وينبغي ان يكون صورته: صالحتك على ألف بخمسمأة ولو قال: بهذه الخمسمأة ظهرت المعاوضة والاقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغاية (انتهى) الدروس ص٣٧٨.

....

وصحيحتي الحلبي وأبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين اشتركا في مالٍ فربحا فيه (ربحاً خ) وكان من المال دين (وعليهما دين خ) فقال أحدهما لصاحبه: اعطني رأس المال والربح لك (لك الربح ئل)، وما توى فعليك؟ فقال: لابأس به اذا اشترط (اشترطا ئل) وان كان شرطاً يخالف كتاب الله (فهو ئل) ردّ الى كتاب الله عزّوجلّ(١).

وفيها أيضاً دلالة على عدم الصحة مع الشرط المخالف لكتاب الله كما هو ظاهر وتقدم وعلى عدم اشتراط الصيغة والمقارنة.

وقيّد في شرح الشرايع هذا الحكم(٢) بما اذا كان الشرط في الانتهاء لافي الابتداء، لأنّه لو كان فيه(٣) لبطلت الشركة لمنافاته وضع الشركة.

والخبر مشعر بما شرطناه، فاطلاق المصنف وغيره غير جيّد، ويمكن أن مراد المطلقين ذلك.

ويحتمل الصحّة على اطلاقه وتأويل الرواية، بان المراد من الإشتراط قول اعطنى رأس المال الخ يعني له ذلك اذا قال له: اعطنى رأس المال الخ.

ويؤيّده البطلان اذا كان الشرط في أثناء عقد الشركة أو مقدما، لما مرّ وعدم لزوم الشرط ان كان متأخراً عن العقد عندهم.

ويحتمل (الصحّة مع الشرط في الانتهاء، لافي الابتداء)أيضاً، بمعنى(٤) أنّه يلزم مقتضى الشرط على القابل ويجوز له المعاملة بذلك المال وله الربح وعليه

---

(١) الوسائل باب ٤ حديث١ باسانيد متعددة من كتاب الصلح فلاحظ.

(٢) يعني الحكم المذكور في المتن وهو اختصاص احدهما الخ.

(٣) يعني في الابتداء.

(٤) هكذا في النسخة المطبوعة ولكن في النسخ المخطوطة التي عندنا هكذا و يحتمل مع الشرط أيضاً بمعنى الخ.

ويعطى مدعي الدرهمين بيدهما أحدهما ونصف الآخر ومدّعي أحدهما نصف الآخر.

الخسران وعليه عوض مال القابل وان لم تكن فيه خاصيّة شرائط الشركة اصطلاحاً ويرجع حاصله الى القرض، وهو مقتضى عموم أدلّة الصلح، فلو كان المراد بالبطلان هذا المعنى فلا نزاع والا ففيه النزاع.

على أنّ في اشعار الخبر بكونه في الإنتهاء مناقشة، اذ الظاهر صحّة الصلح وتحقق الشركة وان كان الشرط في اثناء المعاملة أو بعدها، والظاهر ان ليس في الخبر ماينافي ذلك، نعم انه مخصوص بما بعد المعاملة، بل ظهور الربح وكون بعض المال ديناً وبعضه عينا، والظاهر انه (ان ذلك خ) ليس بشرط بالاتفاق فتأمل.

قوله: «ويعطي مدّعي الدرهمين الخ» ذلك(١) أي ان لمدعي الدرهمين اللذين في يده ويد مدعي أحدهما الدرهم والنصف، وللآخر النصف، اذا لم يكن لاحدهما بيّنة أو تكون لهما بيّنة من غير رجحان ولم يحلف احدهما أو يحلف كلاهما، فان كان لأحدهما بيّنة فقط فكل المدّعى، له، وكذا لمن حلف، ان نكل الآخر عن اليمين على عدم استحقاق الحالف.

وان كان في يد أحدهما وحلف الخارج فهو له، والا فهو لصاحب اليد مع الحلف ويد الثالث، كيدهما ظاهر، لأنّ احدهما للاول بلا نزاع وهما في الآخر سواء، فيقّسم، لعدم الترجيح.

والظاهر ان لكلّ واحد منهما حلف صاحبه على عدم استحقاق صاحبه منه (فيه خ) وان نكل احدهما، فالكلّ للآخر كما تقدم وكأنّه مجمع عليه.

ومستنده ماتقدم، ومرسلة عبدالله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا،

---

(١) في النسخ المخطوطة التي عندنا (دليل ان) بدل (ذلك اي) والظاهر ان قوله قده (اذالم يكن الخ) خبر لقول قده (ذلك).

وكذا لو اودعه أحدهما اثنين، والآخر ثالثاً وذهب أحدهما من غير تفريط ويقسّم ثمن الثوبين المشتبهين على نسبة رأس المال.

عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، قال: فقال أبو عبدالله عليه السلام: اما أحد الدرهمين فليس له فيه شيء، وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين(١).

ولايضر الارسال لانه مجمع عليه، ولما مرّ.

والظاهر أنها مقيّدة بالقيود المتقدمة، وكذلك كلام الاصحاب وانْ اطلقوا بناءً على الظاهر والقواعد المقرّرة فتأمّل.

قال في التذكرة: هذا ان لم يوجد بيّنة، والاقرب انه لابدّ من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فن نكل منهما قضى به للآخر، ولو نكلا او حلفا معا قسم بينهما الخ.

وفيه أيضاً ترك بعض القيود وانْ ذكر البعض، وان الظاهر انما الحلف (يحلف خ) مع طلب صاحبه، وعلى عدم استحقاق صاحبه في المدعى، لاعلى استحقاقه فتأمّل في كلام التذكرة فانه اعرف.

قوله: «وكذا لو اودعه الخ» الحكم السابق بعينه جار فيما لو اودع شخص درهمين عند شخص، والآخر درهما فا متزجت ثم تلف احدهما، سواء كان باختياره وتفريطه أم لا.

الّا انه على تقدير التفريط يأخذان التالف من الودعى لانه ضامن، وعلى تقدير العدم لايضمن، اذ في صورة الضمان يكون لكلّ واحد نصف ويكون النزاع في الرجوع والأخذ من الضامن وأخذ الباقي.

---

(١) الوسائل باب٩ حديث١ من كتاب الصلح ج١٣ ص١٦٩ بطريق الشيخ واما بنقل الصدوق ففيه بعد قوله: وبينك هكذا: فقال: اما الذي قال: ما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما.

....

ودليله وتفصيله، يعلم ممّا تقدّم.

ويدلّ عليه أيضاً، رواية السكوني، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع رجلاً دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها (منهما يب) فقضى(١) أنّ لصاحب الدينارين ديناراً ويقسمان (يقتسمان يب) الدينار الباقي بينهما نصفين(٢).

ولايضر ضعف السند بالقطع اليه و بنفسه(٣).

هذا في غير المتساوي الاجزاء كالدرهم.

واما اذا كان في المتساوي، ففي الصورتين، يحتمل كونه مثل ماتقدم. والاولى والاعدل ان يقسم الباقي بنسبة المالين فيقسم اثلاثاً فيعطى صاحب القفيزين من الحنطة الباقية، ثلثين وصاحب القفيز الواحد ثلثاً، والفرق، وكونه اولى

---

(١) في أحد طريقي الشيخ: يعطى صاحب الدينارين ديناراً الخ.

(٢) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣ ص١٧١ بالسند الثاني للشيخ ره.

(٣) حاصل مفاد كلامه قدّس سرّه: ان سنده ضعيف لوجهين (احدهما) ضعف السكوني بنفسه (ثانيهما) كون سند الشيخ ره الى السكوني مقطوعاً لأنّ الشيخ ره نقله في باب الصلح من التهذيب بقوله ره: روى السكوني الخ وليس للشيخ ره في مشيخة كتابيه طريق الى السكوني.

نقول: لايخفى ان الشيخ رحمه الله نقل هذا الحديث في موضعين من التهذيب (احدهما) ماذكرناه و(ثانيهما) في باب الوديعة وسند الثاني هكذا:.

محمد بن أحمد بن يحيى، عن إبراهيم بن هاشم، عن الحسين بن يزيد النوفلي، عن إسماعيل بن أبي زياد السكوني الخ.

وقال المحقق المتتبع الميرزا محمد الأردبيلي قدّس الله نفسه في رجاله في تصحيح اسانيد الشيخ ره: والى محمد بن احمد بن يحيى بن عمران الأشعري صحيح في المشيخة والفهرست (انتهى) فبهذا يخرج الخبر عن كونه مقطوعاً الى السكوني قال في المشيخة: وما ذكرته في هذا الكتاب عن محمد بن احمد بن يحيى الاشعري فقد اخبرني به الشيخ أبو عبدالله والحسين بن عبيدالله واحمد بن عبدون كلهم عن أبي جعفر محمد بن الحسين بن سفيان، عن احمد بن ادريس، عن محمد بن أحمد بن يحيى (انتهى).

....

ظاهر، ذكره في التذكرة قدس الله سره وقريب منه ماذكره بقوله: «ويقسم ثمن الثوبين المشتبهين على نسبة رأس المال يعني لو اشترى احد ثوباً بعشرة مثلاً، والآخر بأحد عشر واشتبه أحدهما بالآخر بحيث لايتميّز، فان رضي أحدهما بما يريد الآخر ولم يتعاسرا فهو ظاهر، وان لم يرض أحدهما بما يرضى به الآخر وكلّ يدّعى مايريده الآخر فيباع الثوبان كلاهما ويقسم بينهما ثمنهابان يعطى صاحب الأحد عشر مثل مايعطى الآخر وعشرة كالثمنين.

لان الظاهر عدم التغابن وانهما اشتريا بما يسوى وبيعا كذلك (و خ) كذا في التذكرة وغيرها، وفيه تأمّل.

ولرواية(١) اسحاق بن عمّار، قال: قال أبوعبدالله عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه، ولاهذا ثوبه؟ قال: يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، قال: قلت: فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اخترأيهما شئت؟ قال: قد أنصفه(٢).

ولعلّ عدم صحّة السند بالارسال عن الحسين بن أبي العلاء(٣)، فانه نقل الشيخ عنه بغير واسطة، ومعلوم وجود الواسطة بينهما، وهي غير معلومة(٤) مع عدم توثيقه، وقيل: مافي اسحاق من القول لايضرّ عندهم، لأنها مقوية للدليل المتقدم والشهرة.

---

(١) عطف على قوله قده: لان الظاهر الخ.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الصلح ج١٣.

(٣) سندها كما في التهذيب هكذا: الحسين بن أبي العلاء عن اسحاق بن عمار.

(٤) طريق الشيخ الى الحسين بن أبي العلاء على ماذكره المتتبع الحاج ميرزا محمد الأردبيلي قده صحيح في الفهرست فان طريقه اليه كما في الفهرست هكذا.

....

وفي الدليل تأمّل، والشهرة ليست بحجّة.

وغير بعيد الحكم على الظاهر بأن يعطي الأجود الذي يسوى اكثر، الى صاحبه، والأقلّ كذلك، لان الظاهر أنّ كلّ أحد يلاحظ ماله ولايتغابن كما مرّ.

فان لم يتفاوت فلا ينبغي النزاع، وان وقع، فلا يبعد التساوي في الثمن او القرعة، اذهما الآن يتساويان في القيمة، ويمكن تأويل الرواية فتأمّل.

ونقل عن العلاّمة في شرح الشرايع التفصيل بأنه ان امكن بيع كلّ واحد منفرداً يباع ويعطي اكثر الثمنين لصاحبه، والأقل كذلك بناءً على الغالب وان امكن خلافه الاّ أنه نادر ولاأثر له شرعاً، فان الغالب الحكم فيه بالمتعارف والغالب.

وان لم يكن التفاوت في الثمنين فلا اشكال، وان لم يمكن البيع الاّ معاً فيقسم بنسبة المالين وعليه تحمل الرواية.

وعن ابن ادريس، القرعة، وقد حسّنها في شرح الشرايع مطلقا أو في غير محلّ النص، ونقل عن الدروس تحسين هذا وحسّنه أيضاً.

ولعلّ تفصيل العلاّمة راجع الى ماذكرناه، فانه اذا علم اكثرهما ثمناً والحال أنه على تقدير البيع يعطي الأكثر لصاحبه فيمكن عنده اعطائه اليه بجنسه ولايحتاج الى البيع وهو ظاهر.

نعم ان بيعا فيكون كما ذكره، ويبعد عدم امكان بيعهما الاّ معاً الا ان يفرض في غير الثوبين.

واما القرعة فالظاهر أنها ليست في محلّها، لما مرّ من الدليل على التميز(١) والحكم للأكثر لصاحبه فتأمّل.

---

(١) في نسختين مخطوطتين (على الثمنين) بدل (على التميز).

ولو صدّق أحد المدّعيين لعين بسبب يقتضي الشركة كالميراث وصالحه على نصفه صحّ ان كان بإذن شريكه والعوض لهما والا ففي الربع وان لم يقتض الشركة لم يشتركا في المقرّبه.

قوله: «ولو صدق احد المدّعيين الخ» يعني لو ادّعى اثنان عيناً في يد ثالث مثل دار وثوب وغيرهما، بانه لهما بالمناصفة وصرّح كل منهما بسبب التملك بحيث يقتضي المناصفة مثل كونهما فقط وارثين في ذلك أو توكيلهما واحداً بالشراء شياعاً مناصفةً في عقد واحد،وصدّق المدعى عليه أحدهما فيما يدّعيه بمعنى كون النصف له وكذّب الآخر، فصار(١) ذلك النصف لهما معاً بالمناصفة لما تقدم أنّه مشترك(٢)بينهمامشاعةباقرارهما.

فلو صالح المقرّله المدّعى عليه بشيء على ذلك النصف المقرّبه، فان كان باذن شريكه أو اذن بعده -على تقدير جواز الفضولي- صحّ الصلح على تمام النصف ويكون العوض بينهما نصفين، كالأصل، والاّ صحّ في ربع المقرّله بنصف ماصولح عليه ويبطل في ربع شريكه ويكون هوشريكاً مع المدّعى عليه ظاهراً بذلك (الربع)،وهوظاهر.

واما اذا لم يصرّحا بما يقتضي الشركة المشاعة، سواء صرّحا بما ينافيه أم لا، لم يكن ماأقرّبه لاحدهما مشتركاً بينهما لعدم الدليل، وثبوتُ ملك أحدهما، لايستلزم ثبوت ذلك للآخر أيضاً، وهو ظاهر.

نعم ان ادّعى احدهما على الآخر ذلك يكون دعوى، فحكمها حكم سائر الدعاوي.

ثمّ اعلم أنّه قال في شرح الشرايع -بعد تقرير المسألة-: هذا تقرير ماذكره

---

(١) جواب لقوله قده: لو ادعى اثنان الخ.

(٢) هكذا في النسخ والصواب أنّها مشتركة.

....

المصنف وجماعة(١): وفيه بحث لان هذا انما يتم على تنزيل البيع والصلح على الاشاعة.

بمعنى انه لو باع شخص حصته من مال مشترك مثل النصف، لم ينصرف الى ماله، بل الى النصف المعلوم المشاع مطلقا فيكون المبيع ربع البايع، وربع الشريك(٢)، وهم لايقولون به، بل يقولون بانه مخصوص بنصف البايع والمصالح، بل إنّما ينزّل على ذلك الإقرار، هذا اذا كان الصلح على النصف مطلقاً او نصفه واما أقر بالنصف للغير يكون اقراراً بربعه، وربع الشريك له، ووجهه ان البايع انما يبيع مال نفسه، ولايصح بيع مال الغير الا فضولياً أو وكالة، وهما بعيدان فينصرف الى ماله كما هو المتبادر والمتعارف، بخلاف الاقرار فانه كالشهادة بأنه لفلان، وهو قد يكون في ماله، وقد يكون في غير ماله، فهنا ينبغي أن يكون مايصالح عليه هو نصف المقرّله، فيكون العوض كلّه له، والنزاع يبقى للشريك مع المتشبّث هذا اذا كان الصلح على النصف مطلقاً أو نصفه.

واما اذا صالح المقرّله على النصف المقرّبه له، كان منزّلاً على الاشاعة لانه تابع للإقرار المنزّل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متجهاً ويمكن تنزيله على ذلك، وهذا توجيه حسن لم ينبّه أحد عليه.

نعم قال(٣) الشهيد في بعض تحقيقاته: ويحتمل انصراف الصلح الى حصّة المقرّله ويكون العوض كلّه له وتبعه الشيخ علي رحمه الله وقد اطلقوا، هذا حاصل كلامه(٤).

---

(١) في القسمة (المسالك).

(٢) من قوله قده بمعنى الى قوله: وربع الشريك توضيح من الشارح قده لامن المسالك.

(٣) في المسالك: وانما ذكر الشهيد في بعض تحقيقاته انه احتمال انصراف الصلح الى حصّة المقرّله من غير مشاركة الآخر مطلقا وتبعه عليه الشيخ عليّ.

(٤) مع اختلاف كثير في الفاظه فراجع المسالك في شرح قول المحقق: ولو ادعى اثنان داراً الخ من كتاب الصلح.

....

وفيه بحث أمّا (أوّلاً) فلأن قول الجماعة ذلك انما هو في مالٍ مشخّص من غير نزاع للبايع والمصالح، وفيا نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصفٍ خالصٍ له، بل انما ثبت له بحسب الشرع الربع، لان الفرض ان جميع ماثبت له مشترك بينه وبين شريكه بحسب نفس الأمر، وحكم الشرع ظاهراً باقرارهما، والظاهر انه لانزاع في أن المقرّبه مشترك بينهما، ويفهم من كلامه أيضاً فما صالح الا على ربعه وربع شريكه اذ ليس نصف المصالح عليه الا ذلك، ولايمكن له مصالحة النصف المخصوص به لما مرّ، ولماسيجيء وهوظاهر.

وأمّا (ثانياً) فإنّه على تقدير تسليم ذلك، هنا قرينة صريحة دالّة على انه ماصطلح إلا على النصف الذي أقرّله المتشبّث، وما قصد المتشبّث والمقرّله الّا ذلك فينصرف اليه وان كان مطلقاً أو مقيداً بكونه الذي له (لانه الذي له-خ) بحسب الظاهر ورضي المقرّله بالصلح عليه.

وامّا (ثالثاً) فلأنه لايحتاج هنا الى بحث وتوجيه، فان كلامهم ظاهر، بل صريح في ان المصالح عليه انما هو النصف المقرّبه، اذ لم يصالح المقرّ الا عليه وما ثبت بحسب ظاهر الشرع للشريك المصالح الا ذلك.

اما لو صرّح بانه انما صالح على نصفه الذي له في نفس الأمر غير المشاع والمقربه، فان كان المقرّ عالماً ورضي به يلزمه الإقرار بثلاثة ارباع العين، الربع للشريك، والنصف للمصالح.

وهذا بعيد، اذ هو منكر للنصف الآخر ويقول: ان ليس للآخر فيه شيء أصلاً، ولهذا ماتوجه الأصحاب الى هذا الاحتمال وحكموا مطلقا بما مرّ فالحكم كما قالوه رحمهم الله، سواء قال: صالحتك على النصف المقرّبة،أو نصفي،أو اطلق، وينصرفان الى الأوّل، لما مرّ الا أن يصرّح، وحينئذٍ لم يقع الصلح لعدم رضا الطرف الآخر وهو المقرّ، فتأمّل.

وليس طلب الصلح اقراراً، بخلاف بعنى أو مَلِكّني أو أجلني (أحلنّي خ) أو قضيت أو أبرأت.

ولو بان استحقاق احد العوضين بطل الصلح.

ولو صالحه على درهمين عما أتلفه، وقيمته درهم صحّ.

ومنه علم أنه لو قال: اني قصدت مالي من غير اشاعة لايسمع، فان للمقر أن يقول: اني ماشتريت الآ ماقررت به، وهذا مسموع منه.

وعلم أيضاً ان احتمال الشهيد(١) الذي تبعه فيه الشيخ عليّ ليس بجيّد، بل المشهور هو الظاهر.

والعجب أن المتأخرين خصوصاً الشيخ عليّ قليلاً مايخرجون عنه مع ضعف دليله وقوّة دليل خلافه ويخرجون في مثل هذه المواضع، فكأنّ غرضهم مجرّد ابداء الاحتمال لاالفتوى به، وينبغي مراجعة كلامهم، وعلى تقدير الفتوى فالظاهر انه في المطلق أو (نصّي) لاالآخر.

قوله: «وليس طلب الصلح الخ» وجهه ظاهر ممّا تقدم من أنّ الصلح يصح مع الانكار بخلاف (بعني) و(ملكني) و(أجّلني) فانها لايمكن بدون كون المال للمخاطب أو لموكّله أو لمولّى عليه، ولكن ظاهر في الأوّل، لليد والتبادر حتى يحصل غيره فهو اقرار بعدم كونه له بل للمخاطب، وكذا قضيت أو أبرأت وهو ظاهر، نعم له ان يرجع ويقول لغير المخاطب ويترتب عليه الفروع.

قوله: «ولو بان استحقاق الخ» وجهه أيضاً ظاهر ان كان الصلح على المال المستحق كما هو الظاهر من قوله: (العوضين)،وان كان على الذمّة ثم يسلّم المستحق فلا يبطل بل يطالب بالعوض ويردّ المستحق الى أهله.

قوله: «ولو صالحه على درهمين الخ» يعني اذا اتلف شخص على آخر

---

(١) وهو مانقله في المسالك ـ كما تقدم ـ بقوله:قال الشهيد في بعض تحقيقاته: ويحتمل انصراف الصلح

←

ولو صالح المنكر مدّعي الدار على سكنى سنة صحّ ولا رجوع وكذا لو أقرّ.

ويقضى للراكب دون قابض اللجام على رأي.

شيئاً قيمياً قيمته درهم، مثل ثوب وصالحه على درهمين مثلاً صحّ الصلح.

وجهه ـ على قول المصنف: بأنّ الصلح عقد برأسه وعدم ثبوت الربا في الصلح، وكونه مخصوصاً بالبيع كما هو ظاهر أكثر كتبه وان تنظّر في موضع من التذكرة في بحث الصلح(١) ـ ظاهر.

وأمّا على القول بالعموم أو قول الشيخ بأنه تابع ففيه تأمّل، إذ ليس في ذمّته إلا الدرهم لا الثوب فيلزم الربا، نعم لا يلزم القبض في المجلس الّا على القول بالفرعيّة.

إلا ان يقال: ان الضمان في القيمي أيضاً هو للعين المتلفة فوقع الصلح منها على الدرهمين، وهو مذهب البعض كما نقل في شرح الشرايع، وليس ببعيد، للأصل في الموضعين، فتأمّل.

قوله: «ولو صالح المنكر الخ» وجهه أيضاً علم ممّا سبق من أنه ليس بفرع فيلزم مطلقاً مع الانكار والاقرار، نعم على القول بالفرعيّة عارية فليس بلازم فلصاحبه الرجوع.

قوله: «ويقضي للراكب الخ» يعني اذا ادّعى الدابة راكبها وقابض لجامها، يحكم بأنها للراكب مع اليمين، لأنه منكر وصاحب يد، والقابض مدّعٍ

الى حصّة المقرّله ويكون العوض كله له وتبعه الشيخ علي.

(١) قال في آخر الفصل الثاني من كتاب الصلح: يصحّ الصلح على الأعيان بمثلها، وبالمنافع وبأبعاض الاعيان، وعلى المنافع بمثلها وابعاضها، ولايشترط مايشترط في البيع، فلو صالحه عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صحّ ولم يكن صرفاً، ولو صالح على عين باخرى من الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر، وكذا في الدين بمثله (انتهى موضع الحاجة).

ولصاحب الحمل لو تداعيا، الجمل الحامل، ولصاحب البيت لو تداعيا الغرفة المفتوحة الى الآخر.

ولصاحب البيت بجدرانه لو نازعه الأعلى، ولصاحب الغرفة

خارج، اذ الركوب أقوى فالقبض بالنسبة اليه، كالعدم.

وقيل: هما متساويان ولارجحان كما في الثوب الذي قبض اكثره شخص واقله آخر.

ويمكن اعتبار القرائن مثل كون الدابّة بحيث يعلم عادة كونها للراكب دون القابض، فيحكم له أو العكس بخلاف المأخوذ غير المحلّ الذي يأخذ به الراكب، ويمكن اعتبارها في الثوب المذكور، فتأمّل.

ثم انه معلوم أنّ المراد مع عدم ظهور تقدم تصرّفٍ منهما، والا فالحكم له، وقال في شرح الشرايع: هذا بالنسبة الى المركوب، واما بالنسبة الى السرج فهو للراكب ككون اللجام للقابض، فيكون الجلّ والرحل كذلك.

فتأمّل فانه بعيد ان يكون اللجام لشخص والدابّة لآخر، وكذا الجلّ والرحل، فالحكم غير واضح خصوصاً اذا كان المقبوض حبلاً على رأس اللجام.

قوله: «ولصاحب الحمل الخ» يعني يحكم لصاحب الحمل بالجمل وغيره اذا ادّعاه هو وقابض زمامه، بقرينة، ماتقدم مع الخلاف.

والعجب انه مااشار هنا الى الخلاف كأنّه أحاله على الظاهر.

ويمكن أن يكون المراد، مدعيان احدهما صاحب الحمل والآخر لا تصرف له ولايد له بوجه فانه حينئذٍ لاينبغي الخلاف في انه لصاحبه فتأمّل كما في قوله: (ولصاحب البيت الخ) أي لو تداعى اثنان الغرفة التي على بيت احدهما ولها باب الى الجانب الآخر الذي هو في تصرف المدّعي الآخر فيحكم بها للذي، الغرفة فوق بيته، لاللّذي باب الغرفة الى جانب بيته، وجهه ظاهر.

قوله: «ولصاحب البيت بجدرانها الخ» يعني يحكم لصاحب البيت

بجدرانها لو نازعه الاسفل، وكذا في سقفها على رأي.

الاسفل بجدران بيته الذي عليه غرفة شخص، وهو محلّ جدارٍ لها أيضاً اذا ادّعاه صاحب البيت وصاحب الغرفة، ولصاحب الغرفة اذا كان النزاع في جدران الغرفة.

وجهه أنّ ظاهر وضع اليد على البيت، وضع على جدرانه، فان الظاهر أنه جزء تابع، وان اليد عليه يتحقق بهذا، ويؤيّده الشهرة، واستشكله في التذكرة.

واختار في المختلف قول ابن الجنيد بأنّ الحكم باشتراك جدران البيت دون جدران الغرفة، لأنّ تصرفه اكثر وانتفاعه، والأوّل نجده أظهر.

واما اذا كان النزاع في سقف الأسفل الذي هو أرض الغرفة، فالظاهر انه لصاحب الغرفة، لان تصرفه وحاجته اليه اكثر.

ويحتمل الشركة واختصاص صاحب الاسفل به اذا كان البناء بحيث لايمكن كونه منفصلاً عن جدران البيت ولايمكن بناؤه على حدة والآ فيختص بصاحب الغرفة، وهذا قريب.

قال في شرح الشرايع(١): يوضع سقف يمكن بناؤه منفصلاً عن جدران البيت، ولايمكن احداثه، لان المتصل الذي لايمكن فصله كالجزء للجدران فالعمل بالقرائن والعادات غير بعيد، والافالاشتراك والتساوي واختصاص صاحب الغرفة لاغير.

ولكن العادات التي نعرفها الآن تقتضي رجحان قول المصنف فكأنه

---

(١) الذي يناسب كلامه قدس سرّه، ماذكره في المسالك ـ عند قول المحقق: (ولو تنازعا في السقف الخ) بقوله ره: وموضع الخلاف، السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت اما مالايمكن كالازج الذي لايعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدارقبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد فيحصل له الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منها في الآخر، فان ذلك دليل على انه لصاحب السفل ويقدم قوله فيه بيمينه (انتهى كلامه في المسالك رفع مقامه) ج١ ص٢٧٣.

ولمن اتصل بناء الجدار به لو تداعياه، ولصاحب السقف عليه. ولمن اليه معاقد القمط في الخص.

مبنيّ على ذلك فتأمّل.

ويحتمل ان يكون قوله: (على رأي) اشارة الى الخلاف في جدران البيت أيضاً.

قوله: «ولمن اتصل الخ» اذا تداعى اثنان في جدار، فان كان لاحدهما فقط عليه مايدلّ على ملكيته ويده، فهوله، مثل كون بنائه متصلاً بالجدار المتنازع فيه.

وكأن المراد بالاتصال تداخل الاحجار بالبناء المختصّ على وجهٍ يبعد كونه محدثاً، وكذا لو كان عليه لاحدهما سقف أو يكون في ملكه وغير ذلك وان كان لهما أو لايكون لأحدهما عليه ماتقدم فهو مشترك بينهما.

قوله: «ولمن اليه معاقد القمط في الخصّ» يعني اذا كان الذي ادعياه خصّاً اي جداراً من القصب ولم يكن عليه علامة مرجحة لاحدهما، فهو لمن كان عقود القمط الى جانبه.

القمط مايشدّ به الخصّ من ليف أو خوص أو غيرهما.

ودليله العرف والعادة بأنه هكذا يفعل، فانه يدل على ان الذي صنعه وعقده كان واقعاً في ملكه.

ويؤيّده الشهرة، ورواية عمرو بن شمر، عن جابر، عن الباقر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام انه قضى في رجلين اختصما اليه في خصّ(١)، فقال: ان الخصّ للذي يليه القمط(٢)(٣) (القماط ـ ئل)، ومثله رواية، عن العامّة(٤)، فهي

---

(١) الخصّ بالضم والتشديد البيت من القصب والجمع اخصاص مثل قفل وأقفال (مجمع البحرين).

(٢) بالكسر وهو حبل يشدّ به الأخصاص (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من كتاب الصلح، ج١٣ ص١٧٢.

(٤) النهاية لابن الأثير في مادة (قمط) قال: في حديث شريح: اختصم اليه رجلان في خصّ فقضى ←

ولصاحب العلو بالدرجة وبالخارج عن الملك الى العلو لصاحب السفل، ويتساويان في المسلك.

تدل على اعتبار القرائن.

قال في شرح الشرايع: الرواية ضعيفة الّا أنّ الأصحاب تلقّوها بالقبول وردّها في النافع.

وحينئذٍ حكم الخص حكم الجدار بين الملكين، وكأنه أوفق بالاصول والقوانين، الّا انه يفهم من شرح الشرائع والتذكرة الإجماع، لانه قال: عند علمائنا يحكم لمن اليه وجه القمط.

ويدل عليه أيضاً رواية منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن خص بين دارين فزعم أنّ علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار التي من قبله وجه القماط(١).

اعلم ان رواية عمرو مذكورة في الفقيه بطريق ضعيف، و رواية منصور مذكورة في التهذيب والكافي وفي الفقيه بطريق صحيح، وبطريق آخر حسن وفي الفقيه بدل (فزعم) (فذكر) وبدل (خصّ) (خطيرة) كذا في التذكرة أيضاً.

فالمشهور لابأس به، ولاعتبار بما تقدّم (من شرح الشرايع ـ خ)وان احتمل كونها قضيّة في واقعة يعرفها عليه السلام، فلا يتعدى، فتأمّل.

قوله: «ولصاحب العلو الخ» يعني يحكم لصاحب العلو بالدرجة اذا ادعاها، وصاحب السفل لأنها لانتفاعه، وله ضرورة اليها دون صاحب السفل.

والعقل يحكم بان الأمر الذي يكون، لابد لشخص دون آخر بانه لمن هو

بالخصّ الذي يليه القمط، ثم قال: هي جمع قماط وهي الشرط التي يشد بها الخصّ ويوثق من ليف أو غيرها ومعاقد القمط تلي صاحب الخصّ والخص البيت الذي يعمل من القصب هكذا قال الهروي بالضم (انتهى) و راجع سنن ابن ماجة ج٢ كتاب الاحكام باب ١٨ الرجلان يدعيان في خص رقم ٢٣٤٣ ص٧٨٥.

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣.

والخزانة تحت الدرجة.

والثوب الذي في يد أحدهما أكثره، والعبد الذي لاحدهما عليه ثياب، والجدار غير المتصل والحامل.

ضروريّ له.

ويمكن التفصيل بأنه ان كان سلّماً محطوطاً في غير محلّ الصعود فهو لمن المحلّ له فانه في ملكه فاليد له، وان كان في محلّه مربوطاً به بالوتد أم لا فهو لصاحب العلو و ان كان في ملك صاحب السفل، لما تقدّم ولكن مع فرض التردد والصعود به.

وكذا لو كان معمولاً بالجصّ واللبن، لما تقدم هكذا يفهم من التذكرة فتأمّل.

ثمّ البحث في الخزانة التي تحتها، فالظاهر أنه لصاحب السفل لا تصالها بملكه ووضع يده عليها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة مثل بيت يُطْبخ ويخبز فيه ويكون سقفها لصاحب العلو، فتأمّل.

ومعلوم اختصاص صاحب السفل بالخارج عن الملك.

وكذا اشتراكهما في المسلك المعلوم الذي محلّ ترددهما، وليس بمعلوم اشتراكهما كما ذكره المصنف، بل الظاهر الاختصاص الا مع فرض عدم اتصاله بملكه وقرينة أُخرى فتأمّل.

وأيضاً معلوم تساويهما في الثوب الذي في يدهما وان كان اكثره في يد احدهما، اذ لاعبرة بمثل هذه الكثرة.

وكذا العبد الذي في يدهما ولارجحان بكون لباس أحدهما عليه بعد تساويهما في اليد.

وكذا الجدار الخالي عن علامة الاختصاص مثل مافيه علامة الاتصال وحمل السقف وغير ذلك.

ولا ترجيح بالخوارج والروازن.

فيحكم في هذه الصور مع عدم البيّنة لمن حلف.

ولو حلفا أو نكلا فهو لهما.

ولا يجب على الجار وضع خشب جاره على حائطه (جانبه خ) بل يستحب.

وان الامور الخارج على (عن-خ) سطح الجدار كالنقوش والكتابات في صوب أحدهما ليس بمرجح لاشتراكه بينهما، وكذا بالروازن من جانبه فانه قد يحصل هذا في ملك الغير كثيراً باذنه وغيره، فتأمّل فيه.

قوله: «فيحكم في هذه الصور الخ» يعني في جميع الصور التي حكم بان المتنازع فيه مشترك بينهما وهما متساويان يكون ذلك المتنازع فيه لمن يحلف، فان حلف احدهما ولم يحلف الآخر، فهو للحالف، وهو ظاهر.

وعلى تقدير حلفهما أو إقدامهما عليه فلا يحتاج اليه او نكولهما معاً فهو لهما يعني مشترك بينهما على النصف فهو مال مشترك يمكن التصالح عليه، كسائر المشتركات، ويحتمل القرعة وكان الاولى أعدل لعدم الاشكال عند الفقيه، لامكان قطع نزاعهم بالشركة من غير لزوم محذور، والقرعة انما تكون فيما اشكل عنده فتأمّل.

قوله: «ولا يجب على الجار الخ» وجه عدم وجوب وضع خشب (خشبة-خ) الغير، جاراً وغيره على حائطه، هو العقل والنقل، وكذا عدم جوازه بغير اذنه وهو ظاهر ولا خلاف عندنا قاله في التذكرة.

ونقل عن بعض العامّة ان للجار أن يضع جذعه على جدار جاره وان امتنع اجبر فيجب عليه القبول(١).

---

(١) عبارة التذكرة هكذا: وقال مالك واحمد: ان للجار ان يضع الجذوع على جدار غيره، فان امتنع اجبر على ذلك وهو قول الشافعي في القديم (انتهى) موضع الحاجة.

....

فقول الأصحاب اشارة الى ردّه، ويدل على رده العقل، فانه قاضٍ بقبح التصرف في مال الغير الا باذنه وعدم وجوبه إلا بدليل، والنقل مثل قوله صلّى الله عليه وآله: الناس مسلطون على اموالهم(١) وقوله صلّى الله عليه وآله: لايحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسٍ منه(٢).

واما دليل استحباب قبوله فهو مايدل على استحباب قضاء حوائج المسلمين، وما يدل على الوصيّة في حق الجار مثل ما روي عنه صلّى الله عليه وآله: لازال يوصيني جبرئيل بالجار حتى كاد ان اظن (يظن-خ) ان يورّثه(٣).

وما روي أيضاً من طريقهم: ان النبيّ صلّى الله عليه وآله قال: لايمنع احدكم جاره ان يضع خشبه على جداره(٤).

وهو دليل وجوب القبول والجواز بغير الاذن عنده، فان سلّم صحّته يحمل على الاستحباب والمبالغة كما في سائره جمعاً، فللمالك ان يمنع الجار ويتصرف هو في ماله بـ(مهما) أراد وان حصل الضرر بالغير.

قال في التذكرة: يجوز للرجل التصرف في ملكه بايّ انواع التصرفات شاء سواء حصل به تضرر الجار أولا، فله ان يبني ملكه حماماً بين الدور، وان يفتح خبازاً بين العطارين أو يجعله دكان قصارة بين المساكن، وان أضرّت الحيطان بالدق(٥)، وان يحفر بئراً الى جنب بئر جارة يجذب(٦) ماءها أو يحفر بالوعة أو مرتفعاً يجر(٧)

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص ٢٢٢ و٤٥٧ وج٢ ص١٣٨ وج٣ ص٢٠٨.

(٢) عوالي اللآلي ج١ ص١١٣ و٢٢٢ وج٢ ص٢٤٠ وج٣ ص٤٧٣.

(٣) الوسائل باب ٨٦ قطعة من حديث ٥ من ابواب احكام العشرة ج٨ ص٤٨٨.

(٤) التذكرة للعلامة رحمه الله البحث الثاني من كتاب الصلح والمسند ج٢ ص٢٣٠ ولفظه هكذا: عن أبي هريرة عن رسول الله صلّى الله عليه وآله: لايمنعنّ رجل جاره ان يجعل خشبته في جداره.

(٥) واخربها (التذكرة). (٦) يجذب (التذكرة). (٧) يجري (التذكرة).

فان رجع في الاذن قبل الوضع صحّ ولو رجع بعده لم يصحّ الا بالأرش.

ماءه الى بئر جاره لما تقدّم، ثم نقل الخلاف عن بعض العامّة(١).

قوله: «فان رجع الخ» يعني، له ان يرجع عن الاذن في وضع الخشب على جداره قبل الوضع بغير خلاف عندنا، بل مالم يؤدّ الى خراب وتضييع شيء الى المأذون له واما بعده ففيه التأمّل.

قال المصنف في التذكرة: الاقرب ان له الرجوع أيضاً كما في سائر العواري، ولكن ليس له القلع مجاناً، بل مع الارش وان كان القلع يؤدي الى خراب ملك الجار وان شاء ابقاه بالاجرة فيثبت له الخيار بين القلع وبين التبقية بالاجرة (ان(٢) رضي صاحبه).

وينبغي ان تكون الأجرة بعد حذف الارش فافهم.

واما الأرش فيحتمل ان يكون هو عوض مانقص آلات الوضع بالهدم، ويحتمل ان يكون التفاوت مابين المعمور والخراب ذكرهما في شرح الشرايع واختار الأوّل.

ويحتمل ثالثاً وهو جميع ماأخرجه المالك في المهدوم بسبب أخذ الخشب بعد وضع قيمة الآلات الموجودة عنه فيدخل فيه أجرة الأكّار وغيرها وهو الأظهر، ويحتمل الحمل الثاني عليه بتكلّف، فتأمّل.

وظاهر المصنف بل الأكثر جواز اخراج الخشب المعاد وان كان مستلزماً للخراب على المأذون فيعطي الأرش.

---

(١) قال ـ بعد أسطر: وقال أحمد في الرواية الأُخرى: انه يمنع من ذلك، وهو قول بعض الحنفيّة (التذكرة ج١ اواخر الفصل الثالث من كتاب الصلح).

(٢) في التذكرة بدل هذه الجملة قال: كما لو اعار أرضاً للبناء وهو أظهر قولي الشافعي.

....

ويحتمل عدم الجواز، وهو مذهب الشيخ، لأن العارية في مثل هذا للتأبيد، فكأنّه قال: أعرني بحيث يكون دائماً عندي مادام الجدار ولايكون لك الرجوع بوجه والتزم ذلك فصار لازماً لأن المسلمين عند شروطهم(١)، ولأن الأصل في العقود، اللزوم وخرجت العارية في غير محلّ النزاع بالإجماع ونحوه وبقي الباقي، ولأنّه يستلزم الضرر، ولاضرر ولاضرار في الاسلام(٢) ولاينجبر بالأرش، اذ قد يكون بحيث لو لم يعر الخشبة كان يسهل عليه تحصيل غيرها بحيث يبقى دائماً وقد تخيّل بقاءها دائماً، وحينئذٍ يخرب ملكه وقد لايوجد من بنى ويكون الخرج زائداً بكثير على الأوّل.

ولايعارضه أن المنع أيضاً ضرر على مالك الخشب، لأنه فعله بنفسه من غير اجبار مع ان العادة قاضية بان مثل هذه العارية انما تكون للدوام، وان أحداً لايرتكب مثل هذه العارية مع تجويز رجوع مالكه اذا كان مستلزماً للخراب كما في العارية للدفن.

ولاينفع الفرق بان النبش حرام، وانه قياس لما تقدم، ولان الغرض، التمثيل والتأييد، على انه قد يقال به: لظهور العلّة المشتركة.

ويدفع الفرق بأنّه على تقدير جواز الرجوع لايكون النبش حينئذٍ حراماً، بل تكون هذه من الصور المستثنيات الكثيرة.

ثمّ ان الظاهر على تقدير الجواز، ماكان ينبغي وجوب الارش، لانه (جواز الرجوع-خ) انما هو بسبب كونه عارية، وهي جائزة دائماً والمالك قد أضرّ نفسه بقبول العارية الجائزة، فكأنّه جوّز على نفسه، الرجوع والتخريب، فكأنّه المخرّب

---

(١) اشارة الى الحديث النبوي المشهور.

(٢) اشارة الى الحديث النبوي المشهور بل المجمع عليه.

ولو انهدم لم يعد الطرح الا باذن مستأنف.

ويصح الصلح على الوضع بعد تعيين الخشب ووزنه وطوله.

وليس للشريك التصرف في المشترك الا باذن شريكه.

والمهدم، فلا يتوجّه أنه سبب ومالك الخشب مباشر، على انه اذا كان جائزاً، فله ان يجبر مالك الجدار بحكم الحاكم بدفع ماله اليه فيكون هو المباشر فتأمّل.

قوله: «ولو انهدم الخ» لعل دليله أنّ الاذن انما كان للوضع على هذا الجدار الخاصّ ومعلوم أنّه ليس مع العود بعد الانهدام ذلك الجدار بعينه فلا يشمله الاذن.

ولافرق في ذلك بين ان يكون البناء الثاني بآلات المهدوم (المنهدم خ) أم لا (أو لا خ) وظاهر التذكرة، عدم الخلاف عندنا في ذلك الحكم، وان الخلاف في القسم الأوّل للشافعي فقط وأنه يوافقنا في الثاني.

ونقل في شرح الشرايع قولاً آخر للشيخ في المبسوط موافقاً له، وموافقته للمشهور في قول آخر، ولمّا ذكر الشيخ ره القول الأول من غير تردد طرحوا قوله الآخر، ويمكن ان يكون للرجوع عن ذلك القول فلاينافيه مافهم من التذكرة، فتأمّل.

قوله: «ويصح الصلح الخ» عموم أدلة الصلح(١)، وجه صحّة الصلح على وضع الخشب على جدار الغير مع شرائطه المعتبرة في المعاملات مطلقاً مع زيادة تعيين المدّة والخشب، ووزنه وطوله.

ولايبعد اعتبار تعيين المحلّ الذي يوضع عليه طولاً وعرضاً وعمقاً.

وجهه رفع الجهالة والغرر كما اعتبره في غيره، ولايبعد الاكتفاء بالمشاهدة فتأمّل.

قوله: «وليس للشريك الخ» وجه تحريم تصرف الشريك في الجدار

---

(١) راجع الوسائل باب ١ و٢ و٣ من كتاب الصلح ج ١٣.

....

المشترك وغيره بغير اذن شريكه، ظاهر من العقل(١) والنقل.

وقد استثنى منه مواضع كثيرة، مثل القسمة وحال الضرورة، والامتناع من حقوق الغير، فتأمّل.

وقد عممّ التصرف في التذكرة وغيرها، وقال: لم يكن لاحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد فيه، وفتح روزنة (الكوة خ)، بل واخذ أقلّ مايكون من ترابه ليترب به الكتاب، بدون اذن جميع الشركاء فيه (الى قوله): نعم يجوز الانتفاع منه بل ومن جدار الغير بما لايقع المضايقة فيه كالاستناد اليه واسناد المتاع اليه (عليه خ) اذا لم يتضرر به لانه بمنزلة الاستظلال بجدار الغير والاستضاءة بسراجه ولو منع المالك (مالك الجدار خ) من الاستناد، فالوجه التحريم، لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه، ولو بنى في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك أو المختص بالجار بحيث لايقع ثقله عليه جاز ولم يكن للآخر الاعتراض، هذا كلامه.

ويفهم من شارح الشرائع أنه فهم هو أيضاً عدم المنع من الاستظلال والاستضاءة أيضاً حيث قال في دليل جواز الاستناد لأنه بمنزلة الاستضاءة والاستظلال بجداره ثم قال:

نعم لو منع المالك والشريك من ذلك كلّه حرم وفاقاً للتذكرة، لانه نوع تصرف الخ.

والظاهر ان (انه خ) ليس له المنع عنها اذا كان موضع الظلّ والضوء ممّا

---

(١) اما العقل فواضح لقبح التصرف في مال الغير بغير طيب نفسه واما النقل فلقوله تعالى: «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» وقوله صلّى الله عليه وآله: لايحلّ مال امرئ مسلم الّا عن طيب نفسه وغيرهما من الآيات والروايات.

ولو انهدم لم يجبر الشريك على العمارة الّا ان يهدمه بغير اذن شريكه أو باذنه بشرط الا عادة.

يجوز جلوسه فيه وهو موضع النزاع وصرّح به في شرح الشرايع وهو ظاهر وغير مفهوم من التذكرة.

بل يمكن جواز الاستناد حينئذٍ مع المنع أيضاً وعدم جواز المنع، اذ لايسمّى هذا تصرفاً عرفاً بحيث يوجد دليل لمنعه من العقل والنقل.

والأصل، وعموم مايدلّ على جواز الانتفاعات بالمباحات الا ماأخرجه الدليل، مؤيد، ولأنه كالاستظلال والا ستضاءة.

وكأنه لذلك استقرب في الدروس عدم المنع على مانقله في شرح الشرايع معلّلاً بانتفاء الضرر وان كان في كبراه منع، والاحتياط معلوم.

بل يمكن جواز أخذ أقلّ مايكون من ترابه لقضاء العادة بعدم المضايقة فيه مثل الاستناد، بل يمكن ان يتصوّر الضرر في الاستناد دونه، ويفهم ذلك ممّا تقدم.

وفي دليله ودليل الدروس اشارة اليه، ويؤيّده أنّهم يجوّزون الصلاة ونحوها في ملك الغير باذن الفحوى فافهم واحتط.

ويمكن أيضاً أن يقال: بجواز البناء المتصل مع وقوع ثقله على جدار الغير مالم يخرج عن ملكه بوجهٍ أصلاً.

وفيما تقدم من جواز التصرف في ملكه وإن تضرّر به الغير، دلالة واضحة عليه، وكأنه مراد التذكرة أيضاً فتأمّل.

قوله: «ولو انهدم لم يجبر الخ» وجهه، الأصل وعدم الدليل، والإجماع المنقول في التذكرة قال:

اذا استهدم الحائط اجبر صاحبه على نقضه لئلا يتأذّى به أحد سواء كان المالك واحداً أو أكثر، ولو كان لا ثنين فنقضاه لاستهدامه أو لغيره أو انهدم الجدار

....

بنفسه، لم يجبرا على بنائه ولم يجبر احدهما لو امتنع عند علمائنا (الى قوله): والفرق بينه وبين القسمة ظاهر فان للانسان، الاختصاص بالتصرف في ملكه وانما يتم بالقسمة، فتأمّل.

واما اجباره على العمارة اذا كان الهدم بغير اذن الشريك أو كان مع اذنه بشرط أن يعيد العمارة، فوجه الأوّل انه ضامن فعليه الخروج منه وهو باصلاح ما خربه واعادة ماهدمه، ووجه الثاني، أظهر وهو، المسلمون عند شروطهم(١).

وفي الأول تأمّل لأن ضمان المثل انما يكون في المثلي والجدار قيمي لامثلي كذا قيل.

وكأنه مأخوذ من التذكرة، قال فيها: لو هدم أحدُ الشريكين، الجدار المشترك من غير اذن صاحبه، فان كان(٢) لاستهدام وفي موضع وجوب الهدم، لم يكن عليه شيء وان كان ممّا لايجب هدمه أوهدمه وهو معمور لايخشى عليه السقوط، فقد اختلف قول علمائنا قال بعضهم: يجبر الهادم على عمارته واعادته الى ماكان عليه أوّلاً والأقوى لزوم الارش على الهادم، لأنّ الجدار ليس بمثلي.

ولايخفى ان الاعادة غير بعيد فيا امكن المماثلة في الجملة وان كان الجدار قيمياً باصطلاحهم الاّ ان العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران وعدم دقة فيها اذا كان المطلوب، الحايل والمانع ولايريدون في امثال ذلك غير ذلك المماثلة في الجملة، فليس ببعيد، الاكتفاء في أمثاله بهذا المقدار فان العقل يجد أن لا تكليف في امثاله الاّ بالمثل وهو المظنون.

ويؤيّده أن الأرش بعيد، فانه قد لايسوى بعد الهدم الا بشيء قليل جداً،

---

(١) راجع الوسائل باب ٦ من ابواب احكام العقود ج١٢ ص٣٥٢ وعوالي اللآلي ج٢ ص٢٥٨.

(٢) في نسخةٍ فان كان الاستهدام في موضع الخ.

وللجار عطف أغصان شجرة جاره الداخلة اليه، فان تعذر قطعت.

والجدار الصحيح يكون له قيمة كثيرة، بل المناسب على القول بالارش أن يراد. به مايحتاج في تعميره بمثل ذلك التعمير السابق.

وفيه أيضاً تأمّل، اذ قد يتفاوت العمل والاجرة كثيراً، فتأمّل.

كأنّ ماذكرناه هو الذي نقله في شرح الشرايع عن الدروس، بعد نقله وجوب الإعادة مطلقا عن الشيخ رحمه الله، قال: والارش هو مختار العلامة في القواعد مع أنه قطع في التذكرة بوجوب الاعادة.

وفصّل الشهيد في الدروس، فاوجب اعادته ان امكنه المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والافالأرش وفيه مناسبة إلا انه خارج عن القواعد الشرعية الخ.

والخروج عن القواعد لوجهٍ اذا لم تكن مأخوذة من النص الصريح، لابأس به ثم ان الذي في التذكرة مانقلته، وما رأيت مانقله من القول بالاعادة، نعم هو قوله هنا فتأمّل.

قوله: «وللجار عطف الخ» دليل جواز عطف أغصان شجر الجار عن ملكه سواء حصل منه ضرر أم لا، وسواء كان في الارض أم في الهواء فالعروق والجدار والتراب مثلها، وسواء امكن اعلام المالك بسهولة ويفعل أم لا وامكن حينئذٍ الحاكم أم لا، وسواء كان الموضع مشتركاً بينهما أم لا ـ أن(١) للمالك افراغ ملكه عن مال الغير.

والأصل، مثل اخراج دابّة الغير عن ملكه، مع ان الدابّة يحتمل تلفها.

وعدم وجوب اقرار مال الغير في ملكه بلا سبب شرعيّ ويحتمل توقفه على

---

(١) خبر لقوله قده: دليل جواز الخ.

....

مطالبة المالك وعدم فعله كما هو ظاهر اكثر العبارات غير المتن لئلا يلزم التصرف في مال الغير بغير ضرورة.

ويحتمل وجوبه على المالك كما هو ظاهر الشرايع، فمع الامتناع يجبر، قال في التذكرة: لايجبر، لأنه من غير فعله، وهو يدلّ على عدم الوجوب، ولكن قال بعده: (ويحتمل إلزامه كما إذا مال حائطه).

والظاهر وجود الفرق، ولهذا يوجبون عليه هدمه وان لم يكن في ملك احد الا ان يفرض في موضع لايمكن فيه الضرر فتأمّل.

والاول ليس ببعيد لما مرّ إلا في نحو الدابة التي يجب حفظها فتأمّل فيها أيضاً.

والأصل دليل قويّ، وعلى التقادير في جميع الصور يلاحظ الأسهل وما لاضرر فيه بوجهٍ، ثم الضرر اليسير وهكذا فمهما امكن العطف لايقطع، واذا ارتفع بقطع أمر قليل لايتعدى، وان اندفع بقطع العروق لايوقد النار تحته لأنه اضرّ على ماقيل.

ويؤيد الجواز مطلقاً ـ كما يفهم من المتن ـ، ماسبق أن للمالك التصرف في ملكه أيّ تصرف شاء وان حصل الضرر على الجار، وما روي في التذكرة في العرق، من قوله صلّى الله عليه وآله: ليس لعرق ظالم حق(١)، والتفصيل الذي اشرنا اليه، محتمل فتأمّل.

وقال في شرح الشرايع: وتجب المبادرة على المالك باخراج شجره وترابه وحائطه عن مُلك الغير لوجوب تخليص مال الغير عن شغله بماله، فتأمّل.

ومعلوم جواز الصلح على ابقائها مع تقدير المدّة ومقدار الزيادة أو انتهائها

---

(١) عوالي اللآلي ج٢ ص٢٥٧ رقم٦.

ويجوز اخراج الرواشن، والأجنحة، والميازيب الى النافذة مع انتفاء الضرر وان عارض مسلم.

وسائر الشرائط المتقدّمة، سواء ضمّ اليه الجدار ونحوه ممّا يجوز بيعه، أو لا.

ويفهم من التذكرة الإجماع حيث قال: (عندنا) ونقل الخلاف عن الشافعي ويمكن(١) مجيء خلاف الشيخ انه فرع البيع حينئذٍ: ولايصحّ بيع الهواء وحده لعدم امكان التسليم، وذكره في شرح الشرايع، فتأمّل فيه.

قوله: «ويجوز اخراج الرواشن الخ» دليل جواز اخراج جميع ماذكره في المتن في جداره ـ اذا كان في الطريق النافذة بشرط عدم الضرر بالمارّة بان يكون عالياً مثلاً ـ هو الأصل وجواز تصرف المالك في ملكه أيّ تصرّف كان مع عدم المانع. وان عارضه مسلم آخر بالمنع، سواء كان غرضه ان يخرج هو من جداره أم لا. وله أيضاً اخراجه وان استوعب الطريق بذلك.

وان حصل المظلمة أو ضرر آخر حينئذٍ، يجب ازالة الثاني، لانه حصل منه وان كان الضرر يزول بازالة الأوّل أيضاً حينئذٍ، صرّح به في التذكرة وشرح الشرايع.

ولعل الخلاف عند بعض علمائنا كالشيخ، مع معارضة مسلم.

قال في التذكرة: الطرق النافذة، الناس كلّهم فيها شرع سواء يستحقون للممر(للمرورخ) وليس لاحد ان يتصرف فيه بما يبطل المرور فيه أو ينقصه أو يضرّ بالمارّة من بناء حائط فيه أو دكّة أو وضع جناح أو ساباط على جدار اذا أضرّ بالمارّة(٢) ولو لم يضرّ بالمارّة بأن كان عاليا لايظلم فيه الدرب جاز وضع الجناح والساباط من غير مانع عند بعض علمائنا.

ثمّ استدلّ عليه بعمل الناس الى الآن من غير نكير، وبالقياس على

(١) في نسخة: (ولكن يجيء خلاف الشيخ الخ).

(٢) في التذكرة بالمارّة إجماعاً.

....

الاستطراق، وبوضع النبيّ صلّى الله عليه وآله بيده الميزاب في دارالعباس(١).

ثم قال: وقال الشيخ رحمه الله وأبو حنيفة: لاعبرة بالضرر وعدمه، بل ان عارضه فيه رجل (من المسلمين) نزع ووجب قلعه وان لم يكن مضراً به ولابغيره، والا ترك، لانه بنى في حق غيره بغير اذنه فكان له مطالبته بقلعه كما لو بنى دكّة في المسلوك (٢).

ثم اجاب بمنع القياس ووجود الفارق بالضرر وعدمه.

ويمكن ان يقال: ليس لأحد في هذا الطريق ملك ولاحقّ عام، بل الناس شرع في الانتفاع به أيّ انتفاع كان مالم يمنع عن الانتفاع المطلوب الموضوع له وان كان غير المرور أو المرور في بعض الاوقات،فليس لأحد المنع مطلقاً كما قلناه، نعم له ان يسبق بالبناء فأيّهما فعل ليس للآخر منعه الا مع الضرر فيترك، للضرر كما مرّ.

وأيضاً لو كان حقاً مثل سائر الحقوق، فكان ينبغي عدم جواز التصرف بالمرور أيضاً الا باذن الجميع، لأنه مشترك وقد مرّت المبالغة في عدم جواز التصرف في المشترك الا باذن شريكه حتى القليل من ترابه.

والظاهر عدم الخلاف في ذلك، بل في جواز جميع ماتقدّم إلا إذا منعه وعارضه بعض المسلمين، وظاهر عباراتهم في التقييد بالمسلم أن ليس للكافر ذلك، مع ان له أيضاً حق المرور صرّح به في التذكرة.

وأيضاً ظاهر تقييدهم بالمارّة أنه لو حصل ضرر بغير المارّة مثل الإشراف على بيوت الجار أو جناح الغير بالظلمة وغيرها، لايمنع ذلك من اخراجه.

وجهه أنّ الأصل وعموم مايدل على جواز التصرف فيما خلقه الله تعالى يدل

---

(١) مسند احمد بن حنبل ج١ ص٢١٠.

(٢) في التذكرة: اووضع الجناح في سلك غيره والقياس ممنوع الخ.

....

على جواز ذلك كلّه، خرج مع الضرر بالمارّة بالإجماع، وبـ(لاضرر ولاضرار)(١) بقي الباقي تحته.

ويؤيّده ان الممنوع هو التطلّع على عورات الناس، لاالتمكن منه، وأنه يجوز مثل ذلك في ملك نفسه ـكما مرّ، وفي الملك المباح غير الطريق، فان الظاهر أن لكلّ أحد ان يبني في ملك مباح وان حصل العلوّ والتسلّط على جاره صرّح به في شرح الشرايع وهو مؤيّد لعدم منع المعارض، فتأمّل.

ولكن قال في التذكرة: لو تضرّر جاره بالإشراف، فالأقرب ان له المنع، لانه قد حصل به الضرر بخلاف مالو كان الوضع في ملكه فانه لايمنع وان حصل الضرر مع الاشراف، لأنّ للانسان التصرف في ذلك كيف شاء (الى قوله): ولست اعرف في هذه المسألة بخصوصها نصّاً عن الخاصّة ولاعن العامّة، وانما صرت الى ماقلت عن اجتهاد، ولعلّ غيري يقف عليه او يجتهد فيؤدّي اجتهاده الى خلاف ذلك.

وهذا انصاف منه رحمه الله واجازة للغير في خلافه، ولاشكّ انه أحوط ـ لـ(لاضرر ولاضرار) ولمّا كان في دلالته على مانحن فيه خفاء ـفانه مجمل والضرر واقع في الشرع كثيراً وليس بمعلوم مقدار الممنوع منه ـ قال: ولست أعرف الخ.

وقال فيها أيضاً: الضابط في التضرر وعدمه، العرف ويختلف بحال الطرق، فان كان ضيّقاً لايمرّ فيه الفرسان والقوافل وجب دفعه بحيث يمرّ المارّة تحته منتصباً والمحمل مع الكنيسة (القتب خ) المنصوبة على رأسه على البعير لانه يتفق ذلك وان كان نادراً ولايشترط الزيادة عليه وان كان متسعاً يمرّ فيه الجيوش (الى قوله): وان يتمكن الفارس من الممر تحته ورمحه منتصب لايبلغه لانه قد يزدحم

---

(١) عوالي اللآلي ج١ ص٢٢٠ وص٣٨٣ وج٢ ص٧٤ وج٣ ص٢١٠.

....

الفرسان فيحتاج الى ان ينصب الرماح وقال بعض الشافعية: لايقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لاينال رمحه أحداً وليس بجيّد لان ذلك قد يعسر(١).

هذا اذا كان الطريق للجيوش والفرسان الكثيرة، لايبعد اعتباره، اذ قد يتفق ولايندفع بالندور، ولابامكان امالته على وجهٍ لايبلغهم، اذ قد لايمكن ذلك لكثرة الفرسان أو لايميل فيضرّ بالفرس أو الراكب، وبه يندفع كلام الشافعي، ولاشكّ أنه احوط ومع العادة يجب فتأمّل.

ثم قال: لو أظلم الطريق بوضع الجناح او الروشن او الساباط، فان ذهب الضياء بالكليّة منع إجماعاً لانه يمنع السلوك فيه، وان لم يذهب الضياء جملة، بل بعضه، فالوجه المنع ان تضرر به المارّة، والا فلا.

والظاهر ان المراد بذهابه أو نقصه أعم من ان يكون في بعض اوقات المرور أو كلّه ليلاً أو نهاراً بالنسبة الى كلّ أحد أو بعضه مثل ضعيف البصر مع العادة، والضرر أعم من أن يكون للتعثر منه أو لتلف شيء من المارّة وغير ذلك.

والظاهر أنه لايندفع بوضع السراج، اذ قد لايذهب الكليّة، وقد ينطؤ في الأثناء وقد ينسى أو قد يموت الواضع ولايفعل غيره وهو ظاهر.

وبالجملة، الخلاص من ضرر الساباط ونحوه مشكل، فالترك أولى ويشكل صحّة العبادات على ذلك السطح لوجوب ازالته، ولاحتمال كون هذا التصرف منهيّاً، بل صحّة عبادات واضعه في غير هذا المحل أيضاً في سعة الوقت اذا كانت منافية للازالة لانه غاصب حقاً مضيّقاً مأموراً بازالته، بل يشكل صحّة عبادات كل من يقدر على ازالته المنافية لها فانه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

....

ولاشكّ أنها لا تصحّ مع صحّة المقدمتين، كون الأمر بالشيء مستلزماً للنهي عن ضدّه الخاصّ، وكونه مفسداً للعبادة، وقد مرتا مراراً، وهو مذهب جماعة من العامّة والخاصّة فتذكّر وتأمّل.

قال في شرح الشرايع: وجوب ازالتها لايختص بواضعها وان كان الأمر فيه آكد لكونه غاصباً فان ازالتها رفع المنكر فيجب على كل من قدر المعاونة عليه بالقول والفعل ويأثم تارك السعي مع قدرته كما في كل منكر.

قال في التذكرة: اذا وضع الجناح او الروشن او الساباط في الدرب المسلوك على وجه يضرّ، وجب عليه ازالته، وعلى السلطان الزامه بذلك.

لعلّ في قوله(١): (المعاونة) وفي قول التذكرة: (عليه)(٢) و(على السلطان إلزامه) اشارة الى أنه لايكلّف الغير بالازالة فانها تكليف شاقّ وفيها صعوبة فلا يكلّف غير الفاعل، وانما الواجب ازالته على الواضع، وعلى الغير الزامه واعانته بحيث يزيل ذلك لاالإزالة بنفسه وان لم يتمكن، فالظاهر وجوب دفعه باعطاء الاجرة عن بيت المال.

نعم لاشكّ في جواز الإزالة كما في بعض العبارات، وكلام التذكرة مشعر به حيث قال: (على السلطان إلزامه) وما قال: (يجب إزالته).

والظاهر أنه لايجب على الغير ارتكاب الإزالة خصوصاً مع المشقّة، للأصل، ولانه اذا حفر بئراً في الطريق، فالظاهر عدم وجوب طمّه على الغير، بل الواجب المنع وتكليف الفاعل به فتأمل.

والظاهر ان الفرق بين الساباط وبينهما(٣)، أن في الساباط لابد ان يصل

---

(١) يعني شارح الشرايع في العبارة المذكورة.

(٢) يعني في قوله: وجب عليه.

(٣) يعني الروشن والجناح.

وفتح الابواب فيها.

الخشب الى الجدار المقابل فلابدّ من كونه مأذوناً فيه أيضاً، وهو ظاهر بخلافهما، واما بينهما، فيمكن بكون العمارة على احدهما دون الآخر أو وضع الخشب فوقه او بوضع الاعمدة وعدمها والأمر في ذلك هيّن.

ثم قال في التذكرة(١): ولو صالحه الإمام على وضعه أو بعض الرعيّة على شيء لم يجز لأنّ ذلك بيع الهواء منفرداً وهو باطل، والهواء لاينفرد بالعقد، بل يتبع الدار كالحمل مع الأمة(٢).

كأنه يريد على مذهب الشافعي(٣)، اذ لامعنى له على مذهبنا وهو ظاهر، ولانه قال هنا: ان كان مضراً لم يجز اخذ العوض عنه كبناء دكّة في الطريق، وان لم يكن مضرّاً كان جائزاً، ولانه قال: ـبعد هذا في مسألةـ: لو اخرجت اغصان شجرة لو صالحه على ابقائه على الهواء صحّ عندنا خلافاً للشافعي، ولانه ليس يفرغ للبيع عنده.

فقوله: (وان عارض مسلم) اشارة الى خلاف الشيخ وأبي حنيفة حيث قالا: لاعبرة بالضرر وعدمه، بل ان عارضه رجل من المسلمين نزع ووجب قلعه وان لم يكن مضرّاً بغيره، لانه بنى في حق غيره بغير اذنه،فكان له مطالبته بقلعه.

وهذا يدل على انه ملك له، وهو غير ظاهر، بل انما لكل أحد الاستطراق لاغير فليس لأحد منع مالايضرّ بذلك الانتفاع فقولهم: (انه ملك للمسلمين) مجاز ومسامحة.

قوله: «وفتح الأبواب فيها الخ» اي يجوز فتح الابواب وان كانت مستجدّة في النافذة مطلقاً، سواء كان لتلك الدار باب آخر اليها او الى غيرها،

---

(١) يعني عقيب قوله: (وعلى السلطان الزامه) كما تقدم.

(٢) هكذا في النسخة ولعلّ الصواب (مع أمّه).

(٣) فانه ذهب الى جواز الصلح على الهواء تبعاً لامنفرداً.

ويمنع مقابله من معارضته وان استوعب الدرب.
ولو سقط فسبق مقابله لم يكن للأوّل منعه.

نافذة ومرفوعة أو لم يكن.

(ويمنع مقابله عن معارضته) يعني الذي في مقابله لو منعه عن استجداد الباب يمنع عنه اذ ليس له ذلك، فانه ليس له إلا الاستطراق وهو حاصل فهو وغيره سواء في عدم جواز المنع (وان استوعب الدرب) اي صار بحيث لم يبق له موضع يفتح باباً آخر.

ولو سقط هذا الباب، بان وقع الحائط الذي هو فيه مثلاً فسبق المقابل الى فتح باب من ملكه، والفرض انه لايسع الّا باباً واحداً، فليس للأوّل منعه وهو ظاهر.

كما انه اذا أراد فتح باب وفتح غيره قبله، فانه موضع مباح للكلّ فكلّ من يتصرف فيه (به خ) فهو أحقّ، ولادليل على ثبوت الأولوية بالأوّليّة، مع احتماله، فانه ليس بأقل من التحجير في المباحات، فتأمّل.

قال في التذكرة: لو وضع جناحاً لاضرر فيه أو روشناً كذلك وهدمه المالك أو جاره قهراً وتعدياً ثم وضع الجار روشناً أو جناحاً في محاذاته ومدّ الى مكان روشن الأوّل، جاز وصار أحقّ به لأن الأوّل كان يستحق ذلك لسبقه اليه، فاذا زال وسبقه الثاني الى مكانه كان أولى، كرجل جلس (حبس خ) في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أُقيم فانه يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه وليس للأوّل إزعاجه وان أزعج الأوّل فكذا هنا، ومنع منه بعض الشافعيّة لما(١) حاصله ان يزول بالإعراض عن الجناح لابالهدم والانهدام كالجالس

---

(١) من قوله قده: لما حاصله الى قوله للأولوية منقول بالمعنى وعبارة التذكرة هكذا: لان الجالس في الطريق المسلوك الواسع اذا ارتفق بالقعود لمعاملة الناس لايبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع وانما يبطل ←

ولايجوز جميع ذلك في المرفوعة إلّا باذن أربابها وان لم يكن مضرّاً.

في المكان للأولويّة.

ثم قال: ونحن نمنع الحكم في الأصل والأولويّة وسيأتي(١).

والذي يتخيّل أولويّة قول بعض الشافعيّة، اذ لاشكّ في حصول الأولويّة والأصل بقاؤها، ومعلوم زوالها بالإعراض لاغير، والظاهر انه ليس بأقل من التحجير، ويفهم من القواعد انه اذا ازال التحجير قهراً يمكن عدم زوال أولويّة المحجّر.

وبالجملة، الحكم ليس بمنصوص ولامجمعاً عليه على الظاهر، فليس ببعيد قول بعض الشافعيّة ولاشكّ أنه أحوط.

قوله: «ولايجوز جميع ذلك في المرفوعة إلا باذن أربابها وإن لم يكن مضرّاً» الظاهر ان المراد بالمرفوعة، التي لا تنتهي الى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراقه بل يكون منتهياً الى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق، سواء كان مسدوداً بحائط أو نحوه أو لم يكن، بل يكون منتهياً الى مالايجوز التعدي والاستطراق بعده ولـ(اربابها) من له باب نافذ فيها على وجه شرعيّ يجوز استطراقه فيها لامن كان حائطه فيها.

ودليل عدم جواز هذه الامور كلّها هو ان هذا الزقاق، أرضه وهواه ملك لأهله فلا يجوز التصرف فيه إلا باذنهم حتى نصب الميزاب بحيث يشغل شيئاً من الهواء.

واما اجراء الماء عن سطحه وحائطه بحيث يجري عليه ويجيء الى الزقاق، فالظاهر انه يجوز، لما تقدم أن لكلّ احد التصرف في ماله أيّ تصرف كان وان كان

بالسفر والاعراض عن الخزنة على مايأتي فقياسه ان لايبطل بمجرد الانهدام والهدم بل يعتبر اعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن اعادته ونحن نمنع الخ.

(١) في التذكرة: (على مايأتي ان شاء الله تعالى).

....

سبباً لضرر غيره، فله جعل سطحه وحائطه بحيث لايبق فيه الماء، بل يذهب منه حيث امكن ولكن للآخر أيضاً منعه من ان يدخل ملكه فيفعل، وكذا لأرباب الزقاق منع الماء من أن يجيء اليه فلهم ذلك بكلّ مايجوز فتأمّل، والأحوط، الاستئذان.

هذا، والقول -بان المرفوعة ملك لأربابها ولايجوز لأحدٍ، التصرف فيها إلا باذنهم ومعه يجوز وان اضرّ بالمارة- هو المذكور في التذكرة وغيرها.

ولكن لي -في كون هذا الزقاق ملكاً- تأمّل الا ان يعلم ذلك بوجه شرعيّ ولو بدعوى الملكيّة لغير المعلوم الفساد، بشرط ان لايكون مستنده إلا مجرد الاستطراق، فان الذي علم من التصرف بالاستطراق، استحقاقهم ذلك.

ولما كان اكثر الطرق والاستطراق، يحصل في غير الملك، مالم يعلم منه. الملكيّة التي هي منفيّة بالأصل، اذ لافرق بين المسلوك والمرفوع في الحصول الا ان المتردّدين في الأول اكثر.

وقد ذكر في التذكرة ان سبب التنازع أُمور، مثل ان يسبّل أحد ملكه أو بنى قرية في مباح فخلّوا منها شارعاً، أو يبني واحد حائطاً وآخر في محاذاته وخلّوا بينهما درْباً، وشيء منها ليس بملك لصاحب الحائط وان سدّ آخره ومجرّد السد معلوم، انه ليس بملك أيضاً، فلا فرق بين المرفوعة والمسلوكة ويفهم من شرح الشرايع في مسألة يجوز للداخل حصول الملك في المباحات. كأنه لبناء البيت والسقف. فتأمّل.

ويؤيد عدم الملكيّة ماقال في التذكرة أنه محدود بسبع (أو خمس ولو كان مملكاً لجاز لهم مايتفقون بعد البناء، وقال: هذا لمن تشاحّ عليه أهل الدرب المتقابلة ولاعبرة لغيرهم، ولو اتفقوا على الوضع اضيق) في الابتداء -جاز وليس لأحد الاعتراض عليهم وطلب التوسعة فيه، وانه اذا وضعوه على حدّ السبع لم يكن لهم بعد

....

ذلك تضييقه، ولو وضعوه على اوسع من السبع، فالأقرب ان لهم ولغيرهم الاختصاص ببعضه.

والظاهر ان هذا اعم من ان يكون الطريق مرفوعاً أم لا، نعم لابد ان يكون في المباح لافي الاملاك.

وأيضاً يدل عليه ماقال في التذكرة: وهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم، أم شركة كل واحد يختصّ بما بين رأس السكة وباب داره(١)، لأنّ محل تردّده، هو ذلك المكان خاصاً، ومروره فيه دون باقي السكة، فحكم ماعدا ذلك حكم غير أهل السكة، وهو اظهر وجهي الشافعيّة.

ولعل الأظهر(٢) أظهر لأنه مأخوذ من التصرف والتردّد وليس الّا الى بابه، والأصل عدم شركته مع الباقي.

والثاني(٣) لهم، هو أنّ الاستحقاق في جميعها لجميعهم، لانهم ربما احتاجوا الى التردد والارتفاق بجميع الصحن بطرح الاثقال ووضع الأحمال عند الاخراج والادخال.

وتظهر الفائدة ـ على أصحّ قولي الشافعي ـ في منع اشراع الجناح الخ.

وهذا صريح في أن ليس هنا ملكيّة، بل الاستحقاق المأخوذ من التردد والحاجة اليه.

ويدلّ عليه أيضاً ماقاله فيها: هذا كلّه اعني سدّ الباب وقسمة الصحن انما هو اذا لم يكن في السكة مسجد، فان كان مسجد قديم أو حديث، فالمسلمون كلّهم

---

(١) في التذكرة بعد قوله: داره هكذا ولا تتخطأعنه؟ المشهور عندنا اختصاص كل واحد بما بين رأس السكّة وباب داره الخ.

(٢) الظاهر انه قده يريد أن اظهر وجهي الشافعي اظهر.

(٣) يعني الوجه الثاني للشافعيّة وهذا تتمة كلام التذكرة الى قوله: الجناح.

....

يستحقّون الطروق اليه ولايمنعون منه، وكذا لو جعل بعضهم داره رباطاً أو مسجداً أو مدرسة أو مستراحاً لم يكن لأحد منعه ولامنع من له الممرّ فيه وحينئذٍ لايجوز لأحد أن يشرع جناحاً، ولاساباطاً، ولاروشناً عند التضرّر به وان رضي أهل السكة لحق سائر الناس(١).

وهذا أصرح.

وأيضاً يدلّ عليه أن كلّ أحد يدخل هذه المرفوعة من غير اذن اهلها ويجلسون فيها ويقفون ويدخلون الدوابّ، ولو كان ملكاً لما ساغ ذلك ولو لم يكن سائغاً لوقع المنع منه ولو عن بعض العلماء أو الامتناع عنهم، ولو كان لنقل، للعادة، بل لو كان ملكاً لم يجز لأهلها أيضاً ذلك كله إلّا برضاء الجميع، لما عرفت من المبالغة في عدم جواز التصرف في المشترك ولو بأخذ تراب قليل ينشره على الكتابة، ومعلوم ان الداخل فيها والخارج عنها لاينفك عن ذلك.

ولو كان موقوفاً على الاذن يلزم الضرر، اذ قد لايأذن الجار أو لمن له معهم شغل وعمل أو لم يكن حاضراً، أو يكون موقوفاً إلى الذهاب اليه في المرفوعة فيدور.

ويبعد الاكتفاء بالاذن بسبب العلامات مع ماتقدم، على انه قد يصرّح واحد منهم بالمنع فيحصل الضرر والتعطيل.

قال في التذكرة: يجوز لكل احد، الاستطراق في الطرق النافذة على اي حال شاء من سرعة وبطء، وركوب، وترجل ولافرق في ذلك بين المسلم والكافر لانها موضوعة لذلك، واما الطرق المقطوعة فكذلك مع اذن اربابها ولومنع واحد او منعوا بأسرهم، فالأقرب عدم المنع لان لكلّ أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذة(٢).

---

(١) الى هنا كلام التذكرة ج٢ ص١٨٣.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة ج٢ ص١٨٤.

ولو احدث جاز لكلّ احد ازالته.

وهذا صريح فيما قلناه، ولكن قال:

وفيه اشكال، الاقرب(١) ان جواز دخولها من قبل(٢) الآيات المستندة الى قرائن الأحوال، فاذا عارضه نصّ المنع عمل به واما الجلوس بها وادخاله الدواب اليها فالاقوى المنع الا مع اذن الجميع فيه(٣).

هذا هو موافق لما قاله هو وغيره من الملكيّة ولكنها غير ظاهرة لما تقدّم.

والاعتماد على الآيات(٤) واذن الفحوى للدخول مشكل مع ماتقدم من عدم جواز التصرف في المشترك على الوجه الذي تقدّم، فقوله الاول: (الاقرب عدم المنع) أظهر وهو يدل على عدم الملكيّة فتأمّل.

وبالجملة، الظاهر عدمها(٥) في النافذة والمرفوعة فلا فرق، ومعلوم عدم الملكيّة في الأولى، اذ يبعد ملكيته لكلّ أحد حتى الكفار في أقصى الهند، وربّ مسلم في أقصى الروم والظاهر أنه لايقول به أحد.

وكذا المرفوعة، اذ السدّ ليس بمملّك وهو ظاهر.

وكلّ ماثبت بالاجماع أو النص من عدم التصرفات في هذه الزقاقات (الزقاق خ) مثل مايكون مضراً، فهو ممنوع منه، واما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعة والمسلوكة، فتأمّل، والاحتياط طريق السلامة ان امكن فلا يترك قولاً وفعلاً، الله الموفق.

قوله: «ولو احدث جاز لكل أحد إزالته» لاشك في الجواز لأهل المرفوعة، لأنه في حقّهم، ولأنه منهيّ، وكذا لغيرهم من باب نهي المنكر.

وانما الكلام في الوجوب وقد مرّ البحث فيه.

---

(١) اقربه ـ التذكرة. (٢) هكذا في النسخ لكن في التذكرة من قبيل الاباحات الخ ولعلّه الصواب.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة. (٤) يعني العلامات. (٥) يعني عدم الملكيّة.

ويمنع من فتح باب لغير الاستطراق أيضاً، دفعاً للشبهة.

والظاهر أنه لايجب الا المنع من الاحداث والابقاء والمعاونة على الازالة بـ(مهما امكن) لدفع المنكر، وأنه يجب على الإمام جبره على ذلك، بل على كل قادر بشرائط النهي عن المنكر.

واما الازالة المحتاجة الى صرف المال او التعب فليس بواضح، والأصل ينفيه ولهذا قال هنا: يجوز(١)، وفي التذكرة: يجب على السلطان جبره، وما قال: (يجب ازالته على كل قادر)، ولهذا اذا حفر انسان بئراً في الطريق أو سوّد باباً أو سدّه بالحائط وغيره أو رمى فيه مايعثّر أو بنى في المسجد، يجب في (على خ) الظاهر على كلّ أحد دفع ذلك بنفسه وماله، بل انما يكلّف به هو، لأنه بمنزلة المشتغل بالمنكر فيجب تركه، وعلى الناس منعه.

ولايبعد وجوب الازالة من بيت المال ومال المصالح العامّة لمن له التصرف ان لم يمكن الآ بالمال، ويحتمل الوجوب على كل أحد أيضاً كما يشعر به ماتقدّم من شرح الشرايع.

قوله: «**ويمنع من فتح الخ**» قد علم عدم جواز فتح الباب الا باذن الارباب، ولكن اعاده تأكيداً لدفع مايقال: أن سبب المنع هو التصرف والاستطراق، ومجرد فتح الباب لايستلزم ذلك.

بل هو بمنزلة الروزنة، وانه تصرف في ملك نفسه، وله ذلك، لما تقدم وسيجيء أيضاً.

وان له أن يرفع حائطه بالكليّة فكيف بعضه الذي هو عبارة عن فتح الباب (دفعاً لشبهة أنه باب فانه قد يتردد فيه أو يؤول اليه، ولايمكن اثبات تجدّده لغير ذلك وخصوصاً اذا مضى مدّةومات من يعرف من الشهود فيمنع ذلك لهذه المفسدة.

---

(١) حيث قال المصنف ره: ولو احدث جاز الخ.

ولايمنع من الروازن والشبابيك .

وفتح باب بين داريه المتلاصقين اذا كان باب كلّ واحدة في زقاق منقطع .

وفي منع الغير عن التصرف في ملكه بمثله تأمّل واضح، ولهذا قال في التذكرة في الذي لاباب له في هذا الزقاق: يمكن ان يكون (يمكّن ظ) من ذلك، أي فتح الباب لغير الاستطراق، لانه لو دفع جميع الجدار لم يكن لاحد منعه، فالبعض أولى، فالذي له باب، بالطريق الاولى.

قوله: «ولايمنع من الروازن والشبابيك» وجه عدم المنع ظاهر، وهو أن لكل أحد التصرف في ملكه أي تصرف شاء، وما فتح الروازن ونصب الشبابيك (بك خ) الا التصرف في حائط، نعم لابدّ ان لاينصب الشبابيك (بك خ) بحيث يأخذ شيئاً من هواء الزقاق الا باذن جميع اربابه، مضراً كان أم لا، ولايكتفى بالآيات لما تقدم.

ولافرق في الروازن أو الشبابيك بين أن يضر بالجار بامكان الاطلاع على عوراته أو التسلط عليه ومنع ضوئه او الانتفاع بضوء سراجه.

نعم للجار ان يفعل في ملكه مايمنع ذلك ولو بنصب حائط قريباً من الروزنة بحيث يمنع الانتفاع بها بالكليّة مالم يستلزم التصرف في ملكه، فله ان يلصق بحائط الروزن من غير الاتكاء.

وبالجملة لكلّ احد التصرف في ملكه ولاينظر في ذلك الى ضرر الغير لما تقدم، وقد صرّح به في التذكرة وغيرها، ودليله تسلّط الناس على أموالهم الثابت بالنقل والعقل(١).

قوله: «وفتح باب الخ» أي لايمنع من فتح باب داريه بان يكون له

---

(١) عوالي اللئالي: ج١ص ٢٢٢ و٤٥٧ وج٢ ص ٢٣٨ وج٣ ص ٢٠٨ .

وذو الباب الأدخل يشارك الاقدم الى بابه، والفاضل في الصدر ان وجد وينفرد بما بين البابين، ولكل من الداخل والخارج تقديم بابه لاادخالها.

داران متلاصقان لكلّ واحدة باب في زقاق مقطوع اذا أراد أن يفتح باباً بينهما لارادة أنه يجيء من درب احدالبابين والخروج من باب الآخر أو لغير ذلك الغرض.

وجهه ظاهر ممّا تقدم، ولهذا قال في التذكرة رداً لقول بعض الشافعيّة: (وهو غلط) لأنه يجوز رفع الحاجز بالكلّية، فرفع بعضه أولى، فذكره هنا وفي غيره للرد، والّا فهو واضح.

قوله: «وذوالباب الأدخل الخ» يعني اذا كان في المرفوعة بابان مثلا فذوالباب الأدخل التي(١) هو آخر بالنسبة الى أوّل المرفوعة شريك مع الاقدم من أوّل المرفوعة الى بابه، وكذا شريك معه في الفاضل في آخر المرفوعة اي الموضع الذي يكون بعد الباب الأخير الذي هو باب الأدخل وهو مختص بما بين البابين.

والحاصل ان الأدخل مختصّ بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين هذا ظاهر.

ولكن المتن يحتاج الى تكلّف فانّا مانجد مايعطف عليه (الفاضل(٢)) تقديره يشارك الأدخل الأقدم في الموجود في أوّل المرفوعة الى باب الأقدم، وفي الفاضل.

او يكون (الفاضل) مبتدأ خبره محذوف، والتقدير، الفاضل في الصدر أيضاً مشترك، والمراد بالصدر آخر المرفوعة وهو ظاهر هنا وصريح في التذكرة والأمر في ذلك هيّن.

ولكن دليل الحكم غير ظاهر، نعم انه مشهور.

---

(١) هكذا في النسخ والصواب (الذي).

(٢) الموجود في المتن بقوله: والفاضل في الصدر.

....

قال في التذكرة: المشهور عندنا ان الأدخل ينفرد بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين ولكلّ منهما الخروج ببابه مع سدّ الأوّل وعدمه فان سدّه فله العود اليه مع الثاني، وليس لأحدهما الدخول ببابه ويحتمله لانه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع، ويستصحب وله رفع جميع الحائط فالباب أولى.

والظاهر عدم النص في الحكم ولاالإجماع، والا لنقل، ولوجود الخلاف كما يفهم ممّا تقدم من كلام التذكرة.

وقال في شرح الشرايع: وقوّى في الدروس الاشتراك في الجميع.

ويحتمل ان يكون هو احتمال التذكرة الذي ذكره بقوله: (ويحتمله) ويحتمل ان يكون ذلك على تقدير القول بالاختصاص، وهو بعيد.

ودليله مدخول، والاصل دليل قويّ وليس هنا مايدل على اختصاص أحدٍ الّا الاستطراق وعدم مرور الغير اليه، وهو ليس بدليل كما مرّ.

ولأنه لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكاً للأدخل.

ولأنه قد يكون المرفوعة واسعة ولايمرّ الأدخل الا في بعضها.

ولأنه قد يكون في مقابله أيضاً باب فيشكل الاختصاص.

ويحتمل الاشتراك بينهما واختصاص كلّ بما يحاذي بابه، وهو بعيد لعدم الامتياز ولعدم الدليل.

فالظاهر قول الدروس رحمه الله وان كان خلاف المشهور.

ثم هنا اشكال، وهو انهم قد حكموا بكون المرفوعة ملكاً لكل من فيها فالهواء والارض كلّه ملك مشترك بين أربابها.

وأيضاً قالوا: لا يجوز لأحد التصرف باحداث الرواشن والاجنحة والساباط وفتح الابواب المستجدة حتى بغير الاستطراق أيضاً، وكذا وضع الميزاب،

....

سواء حصل الضرر أم لا الا باذن الأرباب فمعه أيضاً يجوز مطلقاً فهو مؤيّد للاشتراك .

ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذي الباب الأدخل(١).

وأيضاً ذكروا انه يجوز لكلّ من الأدخل والأقدم اخراج بابه، وبعضهم صرّح مثل شرح الشرايع والتذكرة به مع سدّ الأوّل وعدمه لاالادخال، وقد احتمل في التذكرة الادخال أيضاً كما مرّ، والظاهر انه مع عدم الاذن.

وحينئذٍ لامانع من الرواشن ونحوها أيضاً، فكأنهم جوزوا جميع ماحرّموا.

وأيضاً اذا كان الفاضل مشتركاً وقد جوز اخراج الباب في المشترك فينبغي جواز الادخال للأدخل لأنه في المشترك .

وأيضاً اذا كان مابين البابين مختصاً فكيف يكون الفاضل مشتركاً للارتفاع والانتفاع به، وظاهر كلامهم انه مشترك بحيث يجوز الانتفاع به مطلقاً الا انه موقوف على اذن ذي الباب الأدخل وهذا أيضاً دليل اشتراك الجميع.

الّا ان يقال: قد يكون الملك له، وقد يكون للاقدم المرور للانتفاع.

وهو بعيد كالقول بان الملك والاشتراك لايستلزم الانتفاع بغير اذن الأدخل.

وبالجملة كلامهم في هذا المقام غير مفهوم لي جدّاً، ويمكن التخلّص عن بعض الاشكالات بطريق الجدل والاحتمال ولكن لم يتحقّق شيء تطمئن به النفس.

والظاهر مع قطع النظر عن كلامهم عدم الملكيّة في المرفوعة أيضاً واشتراك الكلّ في الكلّ بالانتفاعات المتقدمة بحيث لايضر بالآخر وعدم الفرق بين المرفوعة

---

(١) هكذا في اكثر النسخ وفي بعضها الا دخل والاول.

....

وغيرها إلا باختصاص الانتفاعات وقلّة المترددين وعدم منع الغير بما رضي أهلها بالأمور المضرّة ونحو ذلك ولادليل على الملكيّة صريحاً وقد مرّ مايدل على العدم.

فالظاهر أن في كلامهم مسامحة، والذي مفهوم لي أنه يجوز مالاضرر فيه بوجهٍ على المارّة لأنه كالسبيل في جهة خاصّة فلا يجوز استعمال مايضرّبها واشتغالها الّا بتلك الجهة ويبعد كون طريق السوق ملكاً للمارّة، بل لهم الاستطراق.

فاستفهم الله، فانه الموفق للعلم وازالة الشكوك والجهالة.



«المقصد السادس في الاقرار»

ومطالبه اثنان

(الأوّل) في أركانه، وهي أربعة: الأوّل: المقرّ.

قوله: «المقصد السادس في الإقرار الخ».

ترك تعريفه لظهوره وتبادره وشهرته، فإنّ كونه اخباراً، عن حقّ سابق معلوم، مذكور في غيره، مثل التذكرة.

واما الذي يدل على اعتباره وحجيته على المقرّ فهو العقل والنقل، كتاباً، وسنة، وإجماعاً، فان العاقل، لايكذب على نفسه بما يضرّه.

وفي القرآن العزيز آيات كثيرة تدلّ على اعتباره في الجملة، مثل قوله تعالى: «ءَأقرَرتمْ وأخَذْتُم على ذلِكُم إصري، قالوا أقْرَرْنا»(١).

وقوله تعالى: «وآخرون اعترَفوا بِذُنوبِهِمْ»(٢).

وقوله: «ألَسْتُ بربّكم، قالُوا بَلى»(٣).

وقوله: «كونُوا قوّامينَ بالقسط شهداء على الناس ولَوْ عَلى انفسكمْ»(٤).

وقال المفسرون: شهادة المرء على نفسه اقرار، وقال في التذكرة:

---

(١) آل عمران - ٨١.

(٢) التوبة - ١٠٢.

(٣) الاعراف - ١٧٢.

(٤) النساء - ١٣٥.

ويشترط بلوغه ورشده وحرّيته، واختياره، وجواز تصرفه لاعدالته.

والاخيرة(١) اظهر في المطلوب هنا.

وفي السنّة الشريفة أيضاً اخبار كثيرة دالّة على ذلك من طرق العامّة والخاصّة مثل ماروي عنه صلّى الله عليه وآله: قولوا الحقّ ولوعلى انفسكم (٢).

وما روي عنه صلّى الله عليه وآله وعن أوصيائه صلوات الله عليه وعليهم، الأخذ بالاقرار(٣) والحدّ به في الزنا(٤) وغيره(٥)، وهو ظاهر لايحتاج الى الذكر، وسيجيء البعض أيضاً.

واما كون أركانه أربعة، فلأنه لايتمّ غالباً الّا بلفظٍ، ومقِرٍ، ومُقَرٍله، و به وقد لايحتاج الى المقرّله فتأمّل.

قوله: «ويشترط بلوغه الخ» الركن الأول، هو المقِرّ، وفي اعتبار بلوغه ورشده في الجملة نقل الإجماع في التذكرة.

قال في التذكرة(٦): أقارير الصبي لاغية، سواء كان مميّزاً، أو لا، وسواء اذن له الوليّ أو لاعند علمائنا، و به قال الشافعي لقول النبيّ صلّى الله عليه وآله: رفع القلم، عن ثلاثة، عن الصبي حتي يبلغ، وعن المجنون، حتى يفيق، وعن النائم

---

(١) يعني الآية الأخيرة وهي قوله تعالى: «كُونُوا قوّامين الخ».

(٢) تلخيص الجبير في تخريج احاديث الرافعي الكبيرج٢ ص٥٢ باب الاقرار، رقم ١٢٦٥.

(٣) لعل المراد عموم البنوي المعروف: اقرار العقلاء على انفسهم جائزعوالي اللآلي ج١ ص٢٢٣ وج٢ ص٢٥٧ وج٣ ص٤٤٢.

(٤) راجع الوسائل باب ١١ و١٢ من ابواب مقدمات الحدود ج١٨ ص٣١٨ وباب ١٦ من ابواب حد الزنا ص٣٧٧.

(٥) راجع الوسائل باب ٥ من ابواب حد اللواط ص٤٢٢ وباب ١٦ من ابواب حد القذف ص٤٤٩ وباب٣ من ابواب حد السرقة ص٤٨٢، وغيرها.

(٦) في التذكرة: يشترط في المقر، البلوغ فأقارير الصبي الخ.

....

حتى ينتبه(١).

وقد مرّ البحث عنه مراراً، فلا وجه للاعادة.

وأما اشتراط الحرّية، فهو للقبول حال الاقرار، والمؤاخذة به حينئذٍ والا فسيجيء قبول اقرار المملوك، وانه يتبع به.

ودليله على تقدير عدم تملكه واضح، وكذا على تقدير التملّك، وكونه محجوراً عليه ونقل عليه الإجماع، في التذكرة.

قال: فلا يقبل اقرار العبد بالعقوبة، ولا بالمال عند علمائنا أجمع.

ويدلّ على اشتراط الاختيار، العقل والنقل، وهو ظاهر.

ونقل في التذكرة، الإجماع، قال: فلا يقع اقرار المكرَه على الاقرار عند علمائنا أجمع.

ودليل اشتراط جواز التصرف فيما أقرّبه أيضاً ظاهر، وكأنه مجمع عليه أيضاً ويمكن الغنى به عن اشتراط البلوغ والرشد، والحرية، بل الاختيار أيضاً فتأمّل الّا انه ذكر الكل للتفصيل والتبيين.

ودليل عدم اشتراط العدالة، وغيرها، هو الأصل مع عموم ادلّة قبول الاقرار(٢).

فكأنه اشار بقوله: (لاعدالته) الى خلاف بعض العامّة أو منا، الله يعلم فتأمّل.

---

(١) راجع سنن أبي داود ج٤ (باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً) فيه خمسة أحاديث كلها بهذا المضمون مع اختلاف الالفاظ ومع تقديم وتأخير ونحوها عن علي عليه السلام في الوسائل باب٤ حديث ١٠٠ من ابواب مقدمات العبادات ج١ ص٣٢.

(٢) اشارة الى قوله صلّى الله عليه وآله: اقرار العقلاء على انفسهم جائز. عوالي اللآلي ج١ ص٢٢٣ وج٢ ص٢٥٧ وج٣ ص٤٤٢.

ولوأقرّالصبيّ بالوصيّة بالمعروف صحّ على رأي.

ثم اعلم ان المصنف وجماعة حكموا بان من ادّعى البلوغ بالاحتلام أو الحيض وكان ممكناً في حقّه قبل، والإمكان في الذكر بالعشر، وفي الانثى بتسعة، وانه لايحلفان(١) وان كان في الخصومة، و إلّا دار.

ودليل القبول، كأنه الإمكان(٢) وظهور الصدق في المسلمين، وعدم امكان الاشهاد عليه، مثل قبول انقضاء العدّة عن المرأة وغيره.

ودفع الدور في الدروس، باشتراط اليمين على امكان البلوغ لانفسه واستشكل قبول الحيض، لانه بمنزلة الدعوى بالبلوغ بالسن، فانه لايكون قبل التسع.

وفيه تأمل، اذ لافرق بين الاحتلام والحيض وقد يعرفان بالعلامات قبل العلم، بالسن مع الاحتمال ثم يعلم السن.

ودفع الدور صحيح ان كان مقصوده انا لانسلّم التوقف على البلوغ، اذ لادليل عليه انما المسلّم توقفه على الامكان.

فلا يرد قول المحقق والشهيد الثانيين، بان ضعفه ظاهر لاشتراط اليمين بالبلوغ الّا ان ثبت ذلك وليس.

وأيضاً قال في التذكرة: يجوز القبول في السن اذا كان غريباً وخولاً لايمكنه اثبات بلوغه بالبيّنة.

كأنه لاشتراك علّة الاحتلام والحيض على انه يمكن كون ذلك مذهب بعض الشافعيّة وان كان ظاهرها كونه مذهبه فتأمّل.

قوله: «ولو اقر الصبي بالوصيّة الخ» هذا بمنزلة الاستثناء عن شرط

(١) يعني لايحلف الذكر والانثى على صدق ماادعياه من البلوغ وان كان دعواهما في مقام الخصومة مع غيرهما لاستلزام احلافهما للدور لان قبول حلفهما يتوقف على بلوغهما فلو كان بلوغهما متوقفاً على الحلف لدار.

(٢) يعني يقبل دعواه الاحتلام اذا امكن في حقه اذ لايمكن اقامة البيّنة عليه.

..............................+..............................

البلوغ، أو الشرط للكلّية ولمّا كان قبول اقرار الصبي بالوصيّة بالمعروف فرع قبول وصيته فيه، وكان مذهب المصنف في هذا الكتاب هنا وبحث الوصيّة ذلك، قال بقبول اقراره بها.

فينبغي البحث في قبول وصيته، فنقل ذلك، عن جماعةٍ مثل الشيخين، والمحقق.

قال في الشرح(١): والمصنف هنا ونجم الدين(٢) ذهبا الى مذهب الشيخين، لاشتهاره، ولكثرة الروايات.

وقد نقل قبله شروطاً ثلاثة عن الشيخ، بلوغ العشر، ووضع الاشياء مواضعها، وكونها بالمعروف.

كأنه يريد بـ(وضع الاشياء مواضعها) التميز، بل المرشد، فان الدليل على اعتباره وعدم جواز تصرف السفيه، قد تقدم.

وبعض المتأخرين على خلاف ذلك حتى المصنف في غير الكتاب، قال في الدروس: وتفرّد ابن ادريس بردّ وصيّة من لم يبلغ.

والذي يدلّ على الثاني(٣) هوعموم الكتاب(٤)، والسنّة(٥)، الدال على المنع عن مطلق التصرف حتى يبلغ ويرشد، ومرّت(٦) اكثرها، ولهذا ماجوّزت

(١) يعني الشهيد في المسالك.

(٢) هكذا في النسخ، ولعل الصواب (نجيب) بدل (نجم) وهو الشيخ نجيب الدين ابن عم المحقق الحلّي وسبط صاحب السرائر رضوان الله عليهم المتوفى ٦٨٩هـ.

(٣) يعني عدم قبول وصيّة الصبي مطلقا.

(٤) لعلّ المراد قوله تعالى: «وابتلوا اليتامىٰ حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستُم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم» النساء-٦.

(٥) راجع الوسائل باب ٤ من ابواب مقدّمة العبادات ولاحظ ماعلق عليه في آخر هذا الباب ج١ ص٣٠.

(٦) هكذا في النسخ ولعلّ الصواب (مرّ) باسقاط التاء.

....

معاملته باذن الوليّ أيضاً مع الرشد و وقوعها على الوجه اللائق، ولكن عرفت التأمّل فيه، فتذكّر.

وأما الأوّل فيدلّ عليه أيضاً أدلّة صحّة عموم التصرفات، وأنّ الناس مسلّطون على اموالهم(١) وعموم أدلّة الوصيّة(٢) مثلاً، وتقبيح العقل منع أحد عن ملكه خرج منه موضع النص والإجماع، بقي الباقي على أصله.

ويمكن الجمع بين العمومات بحمل الأوّل على غير هذه الصورة كما يمكن تخصيص الأخيرة بالبالغ الرشيد وان كان هذا أولى بتقديم الخاص مطلقاً.

إلا انه ورد في الوصيّة بالمعروف ونحوها بخصوصها أخبار مقبولة، مثل رواية زرارة ـ التي فيها موسى بن بكر الواقفي ـ عن أبي جعفر عليه السلام، قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ماأعتق أو تصدّق، أو أوصى على حدّ معروف وحق فهو جائز(٣).

وصحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إن الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء(٤)

ولايضرّ اشتراك عليّ بن الحكم(٥)، لما مرّ غير مرّة أنه الثقة في مثل هذا

(١) عوالي اللآلي ج١ ص٢٢٢ وص٤٥٧ وج٢ ص١٣٨ وج٣ ص٢٠٨ ولاحظ ماعلق عليه في هذه المواضع.

(٢) راجع الوسائل باب ٩ و١٠ و١١ و١٢ وباب ١٥ و١٦ و١٧ من كتاب الوصية ج١٣ص٣٦٠... ص٣٨١.

(٣) الوسائل باب ٤٤ حديث٤ من كتاب الوصايا وسندها كما في الكافي هكذا: عدّة من أصحابنا عن سهل بن زياد، وأحمد بن محمد بن عيسى، عن صفوان بن يحيى، عن موسى بن بكر، عن زرارة.

(٤) الوسائل باب ٤٤ حديث ١ من كتاب الوصايا.

(٥) فان سنده كما في الكافي هكذا: عدّة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن

←

....

السند بقرينة رواية أحمد بن محمد بن عيسى عنه و غير ذلك .

وكذلك اشتراك محمد بن مسلم، فان الظاهر أنه الثقفي الثقة، لعدم الذكر في اكثر الرجال الّا هو، ولتسمية الأصحاب الخبر بالصحّة من غير التفات الى ذلك الإشتراك .

ورواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله، قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته(١).

وموثقة أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين، فاوصى بثلث ماله في حقّ، جازت وصيته، فاذا كان ابن سبع سنين، فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته(٢).

قال الشهيد رحمه الله ـ في هاتين الروايتين ـ: رواهما الصدوق في الصحيح.

وفيه تأمل، لوجود أبان بن عثمان في الأولى(٣) وللأصحاب فيه قول، وكثيراً مّا يردّونه بالناووسيّة(٤) وينسبون خبره بالتوثيق وان كانوا يقولون أيضاً انه ممن اجتمعت(٥)، وينسبون خبره بالصحّة، والظاهر انه لابأس به.

ولاشتراك أبي بصير في الثانية، فانه ليس بظاهر كونه ليث الثقة، وان

داود بن النعمان، عن أبي ايوب، عن محمد بن مسلم.

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٣ من كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٤٤ حديث ٢ من كتاب الوصايا.

(٣) يعني في رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله فان سندها ـ كما في الكافي ـ هكذا: الحسين بن محمد، عن معلّى بن محمد، عن بعض أصحابنا، عن ابان بن عثمان، عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله.

(٤) والناووسيّة من وقف على جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام اتباع رجل يقال له: ناووس، وقيل نسبوا الى قرية ناووساء،قالت ان الصادق عليه السلام حي لم يمت ولن يموت حتى يظهر ويظهر امره وهو القائم المهدي (مجمع البحرين).

(٥) يعني ممن اجتمعت العصابة على الحكم بصحّة مايصحّ عن جماعة.

....

كان ظاهر اطلاقهم ذلك كما قلناه في محمد(١).

ثمّ قال رحمه الله في الشرح: وبالجملة فالإقدام على ردّ ماتظاهرت به الفتوى واشتهرت به الرواية عن أهل البيت عليهم السلام مشكل.

وقال في الدروس: في المميّز أقوال أشهرها صحّة وصيته بالمعروف والبرّ اذا بلغ عشراً للأخبار الصحيحة فتأمل فيه.

والذي يتخلّص من الروايات، عملاً بالأُصول، اعتبار وصيّة الصبي مع بلوغه عشراً وتمييزه بمعني رشده اذا كانت لذوي القرابة لاغير، لقلّة القائل بالرواية الاولى أو عدمه، ووجود موسى بن بكر(٢) الواقفي، ولمنافاتها(٣) لما تقدّم من الأدلّة، ولخصوص هذه الروايات(٤) التي هي حجّة قبول الوصيّة في الجملة، وحمل الروايتين الأخيرتين على الرواية الثانية(٥) في كون الوصيّة لذوي القربى، لوجوب الجمع بين الروايات وبالعكس(٦) في كونه مع بلوغ الصبي عشراً للجمع بينهما وبين مفهومهما الشرطي الذي هو حجّة عندهم، وحذف سبع سنين لعدم القائل به مع المناقشة في

---

(١) يعني محمد بن مسلم المتقدم آنفاً.

(٢) قد قدمنا آنفاً ذكر سنده من الكافي فلاحظ.

(٣) و محصله ورود الاشكال على الرواية من جهات ثلاثة (أحدها) قلة القائل أو عدمه بها (ثانيها) واقفية موسى بن بكر (ثالثها) منافاتها لما تقدم الخ.

(٤) يعني ان الرواية المشتملة على نفوذ اعتاقه وتصدقه منافية لباقي الروايات التي دلت على نفوذ وصيته فقط دون باقي التصرفات.

(٥) يعني تحمل رواية عبدالرحمن وأبي بصير على رواية محمد بن مسلم المقيدة بكون وصيته نافذة في حق ذوي الأرحام. فقط.

(٦) يعني تحمل رواية محمد بن مسلم الدالة باطلاقها على نفوذ وصيّة الغلام مطلقاً، على صورة بلوغه عشراً بقرينة روايتي عبدالرحمن وأبي بصير ولم نعمل بما اشتمل عليه رواية أبي بصير من انفاذ وصيته اذا بلغ سبع سنين في المال اليسير.

ولو أقرّ السفيه بما لـه فعله صحّ دون اقراره بالمـال ولو أقرّ بسرقـة قبل في القطع خاصّة.

الصحّة على ماتقدم(١)، والجمع بين الأدلّة العامّة، بما اشرنا اليه.

والعجب ان الشهيد رحمه الله مانقـل رواية محمد مع وجودها في كـتاب الصدوق مع الروايات المتقدّمة في باب واحد، ووجود الكلّ كذلك في الكافي.

على انه موجب لتغيير الحكم وعدم الفتوى بغيرها كما عرفت.

فتأمّل لعلّك قـد عرفت مـن هذه الروايـات والأقـوال، عدم البـأس بجواز المعاملة مع غير البالغ المميّز سيّما باذن الوليّ وعدم قوّة دليل المـانع، فافهم وتـذكّر ماقدّمناه فيه، والاحتياط طريق سالم مع الإمكان.

قوله: «ولو أقرّ السفيه بما له فعله الخ» دليل قبول اقرار السفيه فيما له فعل ذلك ـمثل الخلع والطلاق وعدمه فيما ليس له ذلك مثل التصرفات في الاموال ـ ظاهر ممّا تقدم.

ولكـن في قبول اقراره بالسرقة في القطع دون المال تأمل، فـان القبول فيه مستلزم للحكـم بأخذه مال الناس ظلـماً فيثبت في ذمته بحكم الشرع، وجعله بمنزلة اقرارين، لايخلو عن بعد.

لعلّه مجمع عليه او منصوص فتأمل، والا فمشكل، اذ ليس القطع إلا لقبول قوله: انـه سرق مـالاً من حرزه بحيث يـوجب القطـع، فقبول الفـرع مع عـدم قبول الأصل محلّ التأمّل.

واذا ثـبت عـدم قبـول اقراره في المـال، يلزم عـدم القـبول في الـقطع أيضاً، ولايكفي في ذلك مجرد عـموم دليل القطـع، بـالسرقة ومنـع السفيه عن التصـرفات الماليّة فتأمّل.

---

(١) من كون ابي بصير مشتركاً.

ولو أقرّ المملوك تبع به ان عتق.

وكل من يملك التصرف في شيء ينفذ اقراره فيه، كالعبد المأذون له في التجارة اذا أقرّ بما يتعلّ بها، ويؤخذ ممّا في يده وان كان اكثر لم يضمنه المولى.

وأيضاً لايمكن القول بالتبعيض، للتنافي الّا بنصّ أو إجماع، قال في التذكرة: والتبعيض غير ضائر كما لو شهد رجل وامرأتان، يثبت المال دون القطع.

وفيه تأمل، لانه ان كان مجمعاً عليه أو منصوصاً، والا يجيء فيه أيضاً النزاع، على انه قد يفرق، لانه قول بالأصل بدون الفرع، ويمنع كلّية الفرع، يعني كلّ سرقةٍ، موجبة، للقطع، بل سرقة خاصّة ثابتة بالشاهدين أو اقرار من يقبل اقراره، هذا بحسب الظاهر.

اما بحسب نفس الأمر، فان كان حقاً فله أخذ المال على وجه شرعيّ، وعلى السفيه الإيصال أيضاً بوجه غير الممنوع فتأمّل.

قوله: «ولو أقر المملوك الخ» قد علم وجهه أيضاً.

قوله: «وكل من يملك التصرّف الخ» هذا أيضاً على إجماله علم في الجملة الا انه ذكره لعدم التصريح، ولبعض الفروع، مثل قبول اقرار المملوك المأذون في التجارة بما يتعلّق بها، مثل أُجرة الحمّال والوزّان والدوابّ.

ولكن في عدم ضمان المولى للزيادة عمّا في يده تأمّل، لأنّ التاجر قد يخسر بحيث يذهب رأس ماله ويلزمه الديون في ذلك، لانه قد يكون ظن النفع للنقل من بلد الى آخر مثلاً بأجرة، وظهر بعد النقل عدم حصول الأُجرة، أو لوقوع سرقة، أو ظلمة، أو حرق، أو غرق ونحوه كما اذا كان شخص وكيلاً في مثله ووقع الدين زيادة عما في يده فانه على الموكّل فتأمّل.

والمراد بالإذن في التجارة كونه بحيث يشمل القرض لها والاعمال في الذمّة.

ويقبل اقرار المفلّس، وفي مشاركة الغرماء نظر.
واقرار المريض مع انتفاء التهمة، ومعها تكون وصيّة.

وحينئذٍ، الظاهر سماع اقراره بان عليه ديناً للصرف في التجارة كالوكيل.

واما اذا لم يكن مأذوناً فيه، أو صرّح بأنه في غير ذلك الوجه، يلزمه في ذمّته يتبع به يعني يؤخذ منه اذا عتق.

هذا واضح على تقدير عدم القول بالملكيّة، وكذا مع القول بها وكونه محجوراً عليه في أمواله حال العبوديّة أيضاً، والا فيسمع منه ويؤخذ ما له من الأموال بالفعل.

وقد علم من الشرائط المتقدمة كون العقل والقصد أيضاً شرطاً فلا يقبل اقرار المجنون والنائم كالصبي، لرفع القلم عن الثلاثة، وكذا الساهي والغافل، كأنه مجمع عليه كما يشعر به التذكرة.

ولكن الظاهر أنه اذا كان عاقلاً كاملاً لايقبل منه دعوى السهو والغفلة كعدم الاختيار من غير ظهور اثره، لانه يلزمه سدّ باب الاقارير، ولعموم ادلّة قبولها(١)، ولأن الأصل عدمها، ولأن الظاهر من حال العاقل الكامل، عدم الاقرار على نفسه بما يضرّه الا بالقصد والاختيار، ولهذا لم يسمع منه تعقيبه بالمنافي عند الفقهاء كما سيعلم.

قوله: «ويقبل إقرار المفلس الخ» وجه قبول اقراره اذا اقرّ بدين، ظاهر، وقد مرّ وجه النظر وترجيح عدم المشاركة، واختاره هناك.

قوله: «واقرار المريض مع انتفاء التهمة الخ» وجه قبول اقرار المريض مع عدمها ظاهر، وهو ماتقدم من عموم الأدلّة، وكذا وجه عدمه معها، مثل ان علم

---

(١) كأنه اشارة الى عموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز، عوالي اللآلي ج١ ص٢٢٣ وج٢ ص٢٥٧ وج٣ ص٤٤٢.

واقرار الصبيّ بالبلوغ ان بلغ الحدّ الذي يحتمله.

(الثاني): المقرّ له، وله شرطان:

الأوّل: ان يكون له أهليّة التملك، فلو اقرّ للحمار لم يصح، ولو قال بسببه فهو لمالكه على إشكال.

من حاله عدم توريث الورثة وأقرّ لغيرهم، ويكون عليه قرينة واضحة، والا فبمجرّد وَهْم ذلك واحتماله، مشكل لوجوب العمل باقراره بأدلّته المتقدّمة.

(ومع عدم القبول يكون وصيّة)، وجهه انه قصد اعطاءه ايّاه، والتهمة منعته من القبول والإعطاء، لأنه حق للورثة، وليس له التصرف في حقهم، فاذا كان وصيّة يزول ذلك.

ويحتمل البطلان بالكليّة وعدم الوصيّة أيضاً، فانه اقرار غير مقبول، وليس بوصيّة، فانها تمليك مال لغيره بعد موته، وليس هنا كذلك، بل اقرار بأنه ملك له وقد حكم بانه ليس له فتأمل.

قوله: «واقرار الصبي الخ» المراد، بالاحتلام أو مطلقاً، وقد مرّ شرحه.

قوله: «الثاني المقرّله الخ» قال في التذكرة: (الثالث) تعيين المقرّله، لعل تركه هنا لقبوله في الجملة مع عدم التعيين كما ستعلم، فما هنا أولى.

ولعلّ الشروط الثلاثة في التذكرة على مذهب بعض العامّة حيث قال: اذا أقرّ شخص بأنّ لانسانٍ عندي كذا، لم يقبل وصرّح المصنف هنا بالقبول في مثله أيضاً فتأمّل.

(الأوّل) أهليّة التملك اي قبوله للملك، فلو أقرّ للحمار لم يصح، لعدم صلاحيته للتملّك وهوظاهر،ومثله للحائط والبيت.

اما لوقال: بسبب الحمار، فالاقرار حينئذٍ صحيح، ويكون المقرّبه لمالكه، فكأنّه بمنزلة الاقرار لمالكه، واقراره منزّل على وجه صحيح بان يكون ذلك في ذمته

ولو اقرّ العبد فهو لمولاه.

ولو أقرّ للحمل صح (يصح خ) ان اطلق أو ذكر المحتمل كالإرث والوصيّة.

ولو ذكر غيره كالجناية عليه، فالاقرب الصحّة، ولا تؤثر الضميمة.

باعتبار الجناية عليه أو باعتبار استعماله ولزوم أجرته.

ويحتمل ان لايكون لمالكه، اذ كونه بسببه، لايستلزم ان يكون له، لاحتمال ان لزمه بجنايته بسبب ركوبه عليه او سوقه اياه، فكأنّه بمنزلة اقرار لمجهول، ولهذا استشكله المصنّف مع اشارة ما الى الأوّل(١) لأنه المتبادر.

ولعلّه لاخلاف في صحّته عند الاصحاب حيث اسند في التذكرة الخلاف الى بعض الشافعيّة بأنه ذهب الى عدم الصحّة هنا أيضاً مثل الأول، فهو لغو محض.

وجه الصحّة صدق الاقرار مع ظهور عدم الفساد فانه كلام له وجه صحيح ظاهر فلا يحمل على غيره كسائر الاقارير، نعم قد يقال: يحتاج الى بيان المقرّله، فان لم يحصل يكون اقراراً لمجهول.

قوله: «ولو أقرّ للعبد فهو لمولاه» مبناه ماتقدّم من عدم ملكيته، وكون ماله لمولاه، فما ثبت له، فهو لمولاه.

قوله: «ولو أقرّ للحمل الخ» وجه الصحّة ماتقدم من صدق الأقارير، وقابليّة المقرّله، فلا فرق بين الاطلاق وبيان السبب الصحيح كالارث والوصيّة.

نعم لو صرّح بسبب غير محتمل، بل محال -كقطع يده، والمعاملة معه مثل البيع والقرض- فقال المصنف: الأقرب الصحّة، لأنه مأخوذ بأول كلامه، ولايسمع الضميمة المنافية، وهي قوله: بسبب كذا كما في سائر الأقارير، فان

---

(١) حيث قال: ولو قال: بسببه فهو لمالكه على اشكال.

فان سقط حياً، لاقصى مدّة الحمل ملكه.

وان سقط ميّتاً واسنده الى الميراث رجع (يرجع خ) الى الورثة.

والى الوصيّة يرجع الى ورثة الموصى.

تعقيب الإقرار بما ينافي غير مسموع وهو مقرّر عندهم وسيجيء وجه ذلك.

ويحتمل عدم الصحّة، لأنه قد بيّن ما أقرّ به على وجه لايمكن صحته، فالضميمة وما يضم اليها شيء واحد، لأنه اقرّ ثمّ جاء بالمنافي، بل تكلّم بكلام لايمكن وقوع متعلّقه، فلا يكون إقراراً، فتأمل.

قوله: «فان سقط حيّاً، الخ» يعني بعد ان صحّ الإقرار للحمل، فان جاء الحمل حيّاً قبل مضيّ أقصى مدّة الحمل من حين الاقرار ملكه، وهو عشرة أشهر عند المصنف رحمه الله كما يفهم من قوله: (لأكثر من عشرة).

وجه الملكيّة أنّ الظاهر وجوده حينئذٍ بناءً على العادة واحتمال وجوده وقت الاقرار فيكون الاقرار للموجود القابل للتملك، حملاً للاقرار على الصحّة مهما امكن.

ولكن لابد ان لايكون الاقرار بحيث يلزم اثبات المال له قبل وجوده.

ونقل في التذكرة عدم صحّة الاقرار اذا جاء لأقصى مدّة الحمل، لعدم العلم بوجوده حين التملك وردّه بالحمل على الصحّة، مهما أمكن.

ولانزاع بما جاء دون أقل الحمل وهو ستة أشهر.

واما ان سقط ميتاً، فان كان الاسناد الى الارث رجع الى الورثة أي ورثة المورّث(١) للحمل، لانه انما يملك الارث بعد الخروج حيّاً عندهم، فينبغي البيان والعلم، ولو لم يعلم يشكل الأمر، فتأمل.

وان كان الاسناد الى الوصية للحمل يرجع الى ورثة الموصي له، لبطلان

---

(١) يعني من كان وارثاً للمورث للحمل لا الوارث الحمل.

ولو اجمل طولب بالبيان.

ولو ولد لاكثر من عشرة لم يملك .

ولو كانا اثنين، تساويا، ولو سقط احدهما ميّتاً فهو للآخر.

الوصية، فانها موقوفة على ولادته حيّاً كالارث، اذ لاحكم قبل الولادة للحمل، بل يوقف حتى يتبيّن.

وان كان مطلقاً ـ من غير اسناد الى سبب أو كان سبباً غير محتمل ـ فانه حينئذٍ يرجع الى الاطلاق الصحيح على الاقرب عنده فلا شيء للحمل وهو ظاهر.

ولكن طولب المقر بالبيان في الأوّل، ويحتمل فيها، ويتبع البيان الصحيح، ولو لم يحصل يشكل الأمر كما تقدم.

وينبغي التصالح ان أمكن، وإلا فالأمر مشكل ويكون مالاً مجهول المالك.

ويحتمل تسليمه الى الحاكم أو التصدق عن مالكه كما تقدم في امثاله فتأمّل.

ولو ولد لأكثر من أقصى مدّة الحمل ـ وهو عشرة عنده، وسيجيء البحث في ذلك ـ لم يملك، سواء جاء حيّاً أو ميّتاً، لعدم وجوده حال التملك ويحتسب المدّة من زمان التملك لا الاقرار مطلقا، فلا يمكن تملكه، فيكون الاقرار لمن لايملك، فلا يصح.

قوله: «ولو كانا اثنين الخ» أي لو كان الحمل وما في البطن اثنين، لعل الحمل وما في البطن، يصح اطلاقه على التثنية، فيصح ارجاع الضمير المثنى اليه وكون الخبر مثنى.

هذا الحكم غير بعيد على تقدير الاسناد الى الوصيّة. واما على تقدير الاسناد الى الارث فلا، وهو ظاهر، لاحتمال كون احدهما مذكراً والآخر مؤنثاً، فيكون بينهما اثلا ثاً.

ولو أقرّ لميّت وقال: لاوارث له سوى هذا الزم التسليم.

ويحتمل في الاطلاق أو السبب الغير المحتمل، التساوي، لأنّ ظاهر الاقرار حينئذٍ هو الاشتراك على التساوي، فيلزم حينئذٍ الحكم بكونه عن غير الارث، وهو الظاهر مع تعذر البيان، ومعه يتبع فتأمل فيه.

ومنه يعلم التأمل في قوله: ولو سقط الى آخره.

قوله: «ولو اقرّ لميّت الخ» أي لو أقرّ شخص لميّت بعين أو دين ثم قال: لاوارث له غير هذا، فالحكم مع ثبوت وارث آخر فقط وثبوت عدمه، ظاهر فلا يبحث، بل يلزم بالاعطاء مطلقاً في الثاني.

واما مع عدم ثبوت وارث آخر أصلاً ـ وكأنه المفروض ـ فالظاهر ماقاله المصنف مطلقا، وهو المشهور.

لكن فرّق الشيخ علي والشيخ زين الدين (١) رحمها الله، كما في القواعد، فأوجبوا البحث والتفتيش في العين لوارث بحيث لو كان، يظهر، لأن إقراره: (لاوارث الا هذا) اقرار في حق الغير، فلا يسمع، فان ظهر، والاّ فيلزم بالتسليم الى المقرّله، واما الدين فيلزم به.

وقال في شرح الشرايع: نعم لو سلّم العين اليه لم يمنع، لعدم المنازع الآن وذلك مفهوم من كلام الشيخ عليّ(٢) أيضاً في شرح القواعد.

ومثل هذا القول قالوا في شخص اذا اقرّ بأنّ ما في يده لموكّل شخص فألزموه بتسليمه الدين الى وكيله الذي قائل بوكالته دون العين، فاطلاق المتن غير جيد.

والظاهر الأول(٣)، اذ لامنازع الآن، والمقرّبه مخصوص بالمقرّله باقراره واقرار المقرّ، والاصل عدم وارث آخر، وان قوله: (ان هذا لميّت ولاوارث له الا

---

(١) يعني المحقق والشهيد الثانيين مع العلامة في القواعد.

(٢) يعني المحقق الثاني صاحب جامع المقاصد.

(٣) يعني ماذكره المصنف والمشهور.

ولو أقرّ لمسجد أو لمقبرة، قبل ان اضاف الى الوقف أو اطلق، أو ذكر سبباً محالاً على اشكال.

هذا)، بمنزلة هذا لهذا، فالظاهر انه له فقط.

ولايمنع منه احتمال غير ذلك، اذ لو اعتبر امثال هذه الاحتمالات لم يلزم اقرار غالباً، اذ يحتمل في قوله: هذا له، وجود شريك له فيه، ولأن أقوال المسلمين وافعالهم محمول على الصحّة، ولأن هذا الاقرار مضرّ به واقرار عليه، وان احتمل كونه في حق الغير، لانه في حق الغير، لانه يلزمه العوض والغرم لغيره، والعاقل لم يقر بمثل هذا الاقرار الآ مع كونه حقاً، ولسائر أدلّة الإقرار.

على انه لامعنى لعدم المنع من تسليم العين الى المقرّله مع عدم الالزام، فان عدم الالزام لاحتمال كون العين ملك الغير واقراره في حق الغير، وكما يمنع ذلك عن الالزام بالتسليم يمنع عن التسليم وتجويزه أيضاً وهو ظاهر، فمع الالزام يستلزم منع التسليم وعدم تجويزه.

وكذا جواز التسليم، مستلزم لعدم المنع، فانه لعدم المنازع وكونه ملكاً للمدعي فيجب التسليم.

وبالجملة ينبغي الحكم بالمشهور أو عدم تجويز التسليم في العين حتى يتحقق ولعلّ المشهور أولى، لما مرّ مؤيّداً بالشهرة ويبعد غفلتهم عن مثل مانبّهنا عليه فتأمّل.

قوله: «ولو أقر لمسجد الخ» وجه قبول الاقرار للمسجد والمقبرة والمدرسة ونحوها ظاهر، لا ن المتبادر من الاقرار لها هو الاقرار باستحقاق صرفه في مصالحها بنذر أو وقف ونحوه، فلا فرق بين ان يقول: لها من وقفها، أو يقول: لها فقط.

ومع بيان السبب الغير المحتمل يجيء البحث المتقدم في بيان سبب غير محتمل للحمل(١).

---

(١) عند شرح قول المصنف ره: ولو اقرّ للحمل الخ.

(الثاني) ان لايكذّب المقر لـه، فلو كذّب لم يسلّم اليـه ويحفظه الحاكم او يبقيه عند (في يد خ) المقرّ امانة.

ولو رجع المقرّ له عن الإنكار سلّم إليه.

ولو رجع المقرّ في حال إنكار المقر له، فالوجه عدم القبول لانه اثبت الحق لغيره، بخلاف المقرّ له، فانه اقتصر على الإنكار.

وقد قرّب المصنف هناك الصحّة وقال هنا: (على اشكال)، فلعل مراده بقوله: (على اشكال) مع احتمال عدمها على ضعف، فيكون مرجعه (فالأقرب الصحّة) فوافق ماتقدم فتأمّل.

قوله: «الثاني ان لايكذّب المقرّله الخ» الثاني من شرطي المقرّله ان لايكذب المقرّ، فلو كذّبه لم يسلّم اليه، لان اقراره أيضاً على نفسه مقبول، فالمقرّبه منتفٍ عنه أيضاً.

وحينئذٍ يحفظه الحاكم حتى يعلم مالكه، ومع اليأس يحتمل صرفه في المصالح، والتصدق مع الضمان كما مرّ في غيره، وللحاكم ان يبقيه في يد المقرّ امانةً حتى يظهر مالكه أو يفعل به مايراه ممّا تقدم.

وجه ذلك انه بمنزلة وكيل المالك مطلقاً، فله مايرى فيه المصلحة.

ويظهر من التذكرة اشتراط عدالة المقرّ في الابقاء بيده، وكذا من يسلّم اليه الحاكم شيئاً يحفظه للمالك حيث قال: اذا رأى استحفاظ صاحب اليد، فهو كما لو استحفظ عدلاً آخر، وبالجملة الحاكم هو المتولي لحفظ مايضيع وهذا في حكم مايضيع.

والظاهر ان ليس للمقرّ الامتناع من تسليمه الى الحاكم، لأنه ليس له باقراره، ولايدّعي فيه يداً يستحق الابقاء فتأمل.

قوله: «ولو رجع المقرّله الخ» تسليمه الى المقرّله بعد رجوعه عن

ولو قال: هذا لأحدهما الزم البيان، فان عيّن قبل، وللآخر احلافه.

الانكار، لان أفعال المسلمين وأقوالهم محمولة على الصحّة اذا احتملت، وهنا محتملة، لاحتمال نسيان كونه له أوّلاً ثم ذكره حال الرجوع أو انتقاله اليه الآن بان يكون لورثه فات الآن أو ملكه مالكه بوجهٍ.

والظاهر عدم التجسس بل يحمل على الصحّة، لما مرّ وعدم حسن التجسس، لاحتمال كذبه.

اما لو رجع المقرّ حال إنكار المقرّ له -وفائدة القيد(١) انه لو رجع مع عدم الانكار فعدم قبوله ظاهر ويعلم من المذكور بالطريق الأولى- فالوجه عند المصنف عدم القبول، لأنّ اقراره متضمّن لأمرين، النفي عن نفسه، واثباته لغيره المتعيّن بالتصريح، فلا يسمع الرجوع بخلاف اقرار المقرّ له بأنه ليس له، فانه ما اثبته للغير المعين ولامطلقاً بالتصريح وان لزم ضمناً لعدم الملك من غير مالك، ولانه لا يجري فيه الاحتمالات المتقدمة لوجه صحّة رجوع المقرّ له.

ويحتمل الصحّة هنا أيضاً، لما تقدم من حمل كلام المسلم على الصحّة مع الاحتمال وهنا محتمل، لاحتمال النسيان والاشتباه، فلو اظهر وجهاً مقبولاً مع انكار المقرّ لايبعد السماع فتأمل.

قوله: «ولو قال هذا لاحدهما الخ» وجه إلزامه بالبيان ثم قبول التعيين منه ظاهر، وكذا إحلاف الغير له لو ادعى علمه بذلك، وانكر.

وكذا غرامته له لو اقر له أيضاً، لانه باقراره، فوّته عليه، سواء قال: ليس للاول بل للثاني، أم لا، اذ باقراره الأول صار للأول فلا يسمع رجوعه عنه وكون ذلك للغير، لانه اقرار في حق الغير.

---

(١) يعني التقييد في عبارة المصنف ره بقوله: (في حال انكار المقرّله).

ولو أقرّ للآخر (بعد اقراره للأوّل خ) غرم للثاني.

ولو قال: لا أعلم حلف لهما وكانا خصمين.

ولو انكر اقرار العبد، قال الشيخ عتق وليس بجيّد.

نعم لو ادّعى الثاني ذلك العين واثبته باقرار الأوّل أو البيّنة لم يغرم للثاني شيئاً، ولا للأوّل وهو ظاهر.

وكذا وجه إحلاف كل واحد له لو ادّعى العلم بالتعيين وانكره هو، وقال: ماعرف فصار المال بينهما وهما خارجان أو صاحبا يدٍ، فان حلفا أو نكلا فهو لهما بالمناصفة، ويحتمل القرعة والا فللحالف.

قوله: «ولو انكر اقرار العبد الخ» يعني لو أقرّ شخص لآخر بعبد في يده فانكر المقرّ له ذلك، قال الشيخ: يكون العبد معتوقاً، اذ ليس سبب عبديته باقراره الا ملكيّة المقرّ له وقد نفاه، فما بقي له سبب آخر، والأصل الحريّة.

ولأنه يحتمل ان يكون توهم ذلك او ظنّ وقال بناءً على ذلك.

وأيضاً يحتمل كونه عبدا لمقرّ له واعتقه، فلا منافاة بين اقراره ونفي المقرّ له في الجملة هذا مذهب الشيخ.

وقال المصنف: ليس بجيّد، وجهه أنه قد ثبت كونه عبداً لأنه المفروض وبانكار المقرّ له انتفى عنه وبقي رقاً غير المعلوم المالك كالمال المقرّ به الذي انكر المقرّ له ملكيته ليحفظه الحاكم حتى يظهر مالكه.

فلا فرق في الحكم بين سائر الأموال من ثوب وعبد ودار وغير ذلك.

ويحتمل الفرق فان الأصل في غير الانسان الملكيّة، وفيه الحريّة.

وأيضاً فيه يحتمل الخروج عن الملكيّة بخلاف الغير، فمذهب الشيخ غير بعيد خصوصاً اذا ادعى المقرّ به الحرّية.

ويؤيده انه لو أقرّ أحد برقيّة شخص فانكرها، يحكم بالحرّية وقد سلّم ذلك في التذكرة وغيرها في اللقيط، وقال في ذلك: لان اللقيط يحكم بالحرّية

(الثالث) الصيغة، وهي اللفظ الدال على الاخبار عن حق سابق مثل: له علي أو عندي أو في ذمّتي بالعربيّة أو غيرها.

للدار(١).

فتأمّل، اذ قد يكون، لقيط دار الحرب، والمسألة أعمّ، وأيضاً غير مسلّم كونه رِقّاً في نفس الأمر، نعم، الفرض كونه تحت يد شخص بطريق الرقيّة وذلك ليس بنصّ فيها بحيث لايحتمل غيرها كسائر الأموال وهو ظاهر.

ومع ذلك، انما كان ذلك مفيداً للملكيّة خاصّة، وهي ملكيّة المتصرف، واذا زال باقراره ولم يثبت غيره مع أصل العدم لا تبقى رقيّة، وبالجملة عدم جيادة قول الشيخ غير ظاهر فتأمل.

قوله: «الثالث الصيغة الخ» ثالث اركان الاقرار الصيغة، وليست هي غير الاقرار كما قاله في شرح الشرايع على الاقرار: هو الإخبار والتلفظ بها الذي هو مدلول لها كما قال المصنف هنا وفي التذكرة وغيرها.

نعم قد يطلق عليها أيضاً الاقرار باعتبار تسمية الدال باسم المدلول.

والمراد باللفظ مطلق مايتلفظ به بأيّ لسان كان، قال في التذكرة يصح الاقرار بالعربيّة والعجميّة من العربي والعجمي معاً بالإجماع(٢).

وعموم ادلته السابقة أيضاً، يدل عليه، نعم يمكن عدم فهم معناه من كلّ واحد اذا اقرّ بغير لسانه ان كان ممن يمكن في حقّه ذلك، ولايلزم باقراره حينئذ، فان صدقه المقرّ له، وإلا احلفه على عدم المعرفة.

والظاهر ان المراد بالدلالة، الحقيقيّة، ويحتمل المجازيّة أيضاً اذا كانت ظاهرة كنصب قرينة بحيث لايمكن الفهم الاّ المعنى المجازي.

والمراد بالحق السابق، الأمر الثابت عنده سواء كان مالاً عينا او ديناً، او

---

(١) يعني لاجل كون الدار دارالاسلام فلقيطها محكوم بالاسلام.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

وشرطها التنجيز، فلوقال: لك على كذا ان شئت أو ان قدم زيد أو ان شاء الله، أو إن شهد لم يلزم.

حقاً آخر من حقوق الآدميين، مثل حدّ القصاص، والقذف، والاستطراق في دربه، واجراء ماء في نهره، واجراء ميزاب في ملكه، وطرح خشب على حائطه قالها في التذكرة(١)، والشفعة، واولوية التحجير كما قاله في شرح الشرايع.

وفيه اشارة الى عدم زوالها بالأخذ قهراً فافهم.

أو من (٢) حقوق الله(٣) من حدّ وتعزير.

قوله: «وشرطها التنجيز الخ» كأنه لاخلاف فيه.

ويمكن فهم دليله من تعريفه، فانه اذا قيل: انه إخبار عن حق ثابت سابق (سابقا خ) وقبل زمان الإقرار، لايمكن تعليقه بشيء بعد ذلك، اذ لم يثبت المعلّق على شيء الاّ بعد وقوع ذلك الشيء، سواء كان متحقق الوقوع -وهو الوصف- أم لا، وهو الشرط.

ولابد في الاقرار من التحقق والثبوت محققاً قبل زمانه الاّ ان يكون تعليقاً لعدمه (كعدمه خ) كما سيجيء، فلو علق على شيء يكون ذلك الاقرار لغواً لااقراراً لعدم صدق التعريف عليه.

فلا يمكن أن يقال: يؤخذ بأوّل كلامه ويلغى الشروط والتعليق، لأنّ الشرط والجزاء كلام واحد، فان الشرط جزء كلام، وكذا الجزاء، اذ ليس فيهما حكم بالفعل، وانما الحكم بالفعل بينهما لافي كل واحد هذا هو تحقيق المنطقيين

---

(١) عبارة التذكرة: يشترط في المقربه ان يكون مستحقاً اما بان يكون مالاً مملوكاً او بان يكون حقا تصح المطالبة به كشفعة وحدّ قذف وقصاص وغيرذلك من الحقوق الشرعيّة كاستطراق في درب واجراء ماء في نهر واجراء ماء ميزاب الى ملك وحق طرح خشب على حائط (انتهى).

(٢) عطف على قوله قده: من حقوق الآدميين.

(٣) في النسخة المطبوعة الحجرية: او من حقوق الله بعلم الخ.

ولو قال: إن شهد فلان فهو صادق، لزمه في الحال وان لم يشهد.

وأهل المعقول وان كان عند بعض أهل العربيّة أن الحكم في الجزاء فقط. والشرط ظرف وذلك خلاف التحقيق.

وهذا هو الفرق بين الاقرار المعلّق وسائر الأقارير التي تعقب بما ينافيه حيث يؤخذ بأول الكلام فيه دون المعلّق هذا واضح.

ولكن في عدم كون الاقرار الّا بحقٍّ سابقٍ تأمل، فان ذلك غير منقول من الشارع، بل مجرد الاصطلاح الذي نجده في بعض كتب الاصحاب.

بل الذي يفهم من ظاهره، اعم من ذلك، ولهذا تراهم يطلقون على غير ذلك أيضاً وهو ظاهر.

الا انه يمكن ان يقال: الأصل براءة الذمّة وعدم لزوم شيء، والذي علم كونه اقراراً يلزم به، وغيره لم يعلم، بل ولايظن بحيث يكون معتبراً ومخرجاً للأصل عن أصله فيبقى تحت النفي، فتأمل.

فالمعلّق بمنزلة وعد لزوم شيء له بشرط كذا، ولادليل على لزومه، اذ لم يقل الاصحاب بوجوب الايفاء بالوعد على مايظهر وان كان ظاهر بعض الآيات(١) والاخبار وجوب الوفاء الا ان في كون ذلك وعداً صريحاً أيضاً تأمّلاً.

ولو قال: (ان شهد فهو صادق لزمه في الحال وان لم يشهد) اي لو قال شخص: ان شهد فلان لواحد بان لك عليّ كذا فهو صادق - وينبغي(٢) ان يضم

---

(١) اشارة الى الآيات التي دلت باطلاقها على الوفاء بالعهد واما الاخبار فراجع الوسائل باب ١٠٩ من ابواب العشرة وغيره.

(٢) الظاهر أن المراد انه ينبغي للمصنف ره ان يضم اليه قوله: ان شهد الخ مابيناه من قولنا: (بان لك علي كذا).

....

اليه مثل ذلك وهو ظاهر.

قال في التذكرة: لو ادّعي عليه ألفاً وقال: إنّ فلانا يشهد لي بها فقال المدّعى عليه: ان شهد بها عليّ فلان، فهو صادق(١) وينبغي (لك) أيضاً، ثم قال: (وحق)(٢) و(صحيح) مثل صادق فتأمّل -.

لزمه(٣) المدعى في الحال وان لم يشهد الشاهد، المعلّق على شهادته الصدق لأنه وان كان الاقرار معلّقاً ومن شرطه التنجيز على مامرّ الّا ان التعليق هنا لغو ووجوده كعدمه، لانه قد أقرّ بانه صادق ان شهد والصدق عبارة عن مطابقة الخبر للواقع، فلم يكن صادقاً على تقدير شهادته الا ان يكون لخبره خارج يطابقه الخبر ان وجد، فطابق(٤) (الخبر الصادق واقع في نفس الأمر موجود قبل صدور الخبر).

فقوله: (هو صادق فيما شهد عليّ)، بمنزلة قوله: (مايشهد به عليّ)، أي الذي ادعي -على معنى كون الالف عليّ مثلاً- واقع في نفس الأمر.

ولانه اذا صدق على تقدير الشهادة في نفس الأمر، يكون صادقاً في نفس الأمر شهد أو لم يشهد، اذ لادخل للشهادة في الصدق الذي هو مطابقة الخبر للواقع، لما عرفت من معنى الصدق فوقوع المشهود به الذي قد أقر بصدقه واقع سواء شهد به أو لم يشهد.

ولايخفى أنّه لايجري في جميع التعليقات، مثل (ان جاء زيد فلك عليّ كذا)، فان الفرق بين مجيئ زيد وصدقه فيما يشهد به، ظاهر.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني صاحب التذكرة ولكن عبارة التذكرة هكذا: ولو قال: ان شهد عليّ فلان فهو حق أو صحيح، فكقوله صادق.

(٣) جواب لقوله قده: اي لو قال شخص الخ.

(٤) يعني فطابق هذا الكلام، الكلام المعروف بينهم من ان الخبر الصادق واقع الخ.

....

فقول شرح الشرايع بعدم الفرق، غير ظاهر حيث قال: وما ذكر في توجيه الإقرار هنا وارد في جميع التعليقات، فانه يقال ثبوت الحق على تقدير وجود الشرط يستلزم ثبوته الآن، اذ لامدخل للشرط في ثبوته في نفس الأمر الخ ماقيل(١).

وفيه تأمّل ظاهر وقد تقدم، وفي الدليل تأمّل، فان هذا القول قد يقوله من لايعرف هذا الاستلزام المذكور، وكذا من يعرفه، ويمكن ان يبالغ في الكلام في النفي ويعلّقه على المحال، لاعتقاده بان الفلان لايشهد، فان شهادته على غير الحق محال أو انه لم يعرف وجوده وعدمه فيقول: انا اعرف صدق هذا الشخص، فان شهد فهو صادق وانا اعطي المدعى.

وأيضاً يمكن لزومه عليه من غير شعور له مع شعور شاهديه بأن يعرف لزومه عليه بجناية صادرة من غير اختياره أو بقرض وكيله وغير ذلك.

ويحتمل أيضاً ان يثبت في ذمته قبل شهادته ولم يكن حين الاقرار ثابتاً فيكون الشهادة بعد ذلك صدقاً وحقاً، فلا يدلّ على ثبوت الحقّ قبل الاقرار، بل قبل الشهادة، فان الصدق يستدعي ثبوت ما يشهد به قبلها لاقبل الاقرار ويكون اقراره بالصدق، لمعرفته بصدقه بعدها لابعلمه، بوقوع المخبر به في نفس الأمر.

وبالجملة الأصل براءة الذمة وعدم ثبوت حق في ذمته الا بدليل مثبت كالاقرار وذلك غير ثابت هنا لما تقدم من احتمال اللفظ غير مايكون دليلاً.

ويؤيده اشتراطهم التنجيز وعدم التعليق ولاشك ان هذا تعليق وتقوية واتمام الاقرار بدونه غير ظاهر.

ولهذا يصحّ ان يقال: مع عدم علمه بشيء انه لو قال المعصوم عليه السلام فهو صادق، فلا يلزم الاقرار والعلم بوقوع ماقاله قبل قوله، بل من قوله فقط، فلولم يقل

(١) الى هنا عبارة المسالك.

ولو قـال: عليّ الف اذا جاء رأس الشهر أو بالعكس صحّ ان قصد الاجل لاالتعليق.

لم يلزمه القول به ولاقبله على تقدير القول، وهو ظاهر وبالجملة (والحاصل خ) قول المتأخرين غير بعيد وإن كان المصنف خالفه كقول اكثر المتقدمين كالشيخ على ماقيل.

ولكن قال المصنف في التذكرة ـ بعد المبالغة في كونه اقراراً في الحال(١): وان قال لفلان الشاهد المعلّق صدقه بشهادته: لااشهد أو ان المدّعي كاذب او اني أشهد ببراءته، وهو اصحّ وجهي الشافعي والثاني انه لايكون اقراراً بما فيها من التعليق، والاقرب انه ان ادّعى عدم علمه بما قال، وان المقرّ لايستحقّ في ذمّته شيئاً، وانه توهم ان فلاناً لايشهد، فان كان ممن لايخفى عليه ذلك قبل قوله وحمل على التعليق وكان(٢) لغواً(٣) فتأمل.

قوله: «ولو قال: عليّ الف الخ» وجه صحته مع قصد الأجل دون التعليق صدق الاقرار، فانّ حاصله أن له عليّ الفاً مؤجّلاً الى شهر أو له في ذمتي الفٌ ثابت الا انه انما يجب تسليمه بعد الشهر مع المطالبة، فقد دل على ثبوت حق ثابت.

ووجه عدم صحته مع قصد التعليق ماتقدم، وان الظاهر أنّ المرجع اليه فيتبع قصده بما قال، فلو تعذر بموت ونحوه لاشيء عليه للأصل وعدم صراحة لفظه في الاقرار فتأمل.

---

(١) عبارة التذكرة هكذا: ولو قال فلان: لاأشهد أو أنّ المدعي كاذب أو أنا اشهد ببراءة المقرّ فكان عليه الأداء في الحال، لأنه حكم بصدقه على تقدير الشهادة، وانما تتم هذه الملازمة وبصدق هذا الحكم لو كان الحق ثابتاً في ذمته، لأنه لو لم يكن ثابتاً لم يصدق هذا الحكم لو شهد فتكون الملازمة كاذبة، لكنا انما نحكم بصدقها كغيره من الاقرارات، وهو أصحّ وجهي الشافعية الى آخر مانقله الشارح قده.

(٢) وكان كلامه لاغياً (التذكرة).

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

ولو قال المدّعي: لي عليك الف فقال: رددتها أو قضيتها أو نعم، أو أجل أو بلى أو صدقت أو لست منكراً له أو انا مقرّ به لزم (الزم خ).

ولافرق في الحكم بين تقديم الجزاء وتأخيره كما ذكره رحمه الله.

قوله: **«ولو قال المدعي: لي عليك الف الخ»** وجه الالزام ـ لو قال في جواب المدّعي: لي عليك ألف بالمذكورات ـ ان كلّ واحدة منها متضمّنة للإقرار كقوله: رددتها، فان الاقرار بردّ الذي ادّعي عليه بمنزلة قوله: (نعم كان عليّ ولكن رددتها) وكذا قضيتها.

ونعم، وبلى، وأجل صريحة في ذلك عرفاً بل لغة، وكذا صدقت، واما في (لست منكراً له) تأمل، اذ نفي الانكار لايستلزم الاقرار، لاحتمال كونه متردداً، ولهذا يصح ان يقال: ماأنا بمنكر له ولابمقرّبه، بل ماأعرف فاثبت، ولو كان اقراراً لما صحّ هذا الحكم، بل يكون متناقضاً الا ان يدعي العرف في كون ذلك بمنزلة، انا مقر لك به.

والأصل والاحتمال يقوي عدم الحكم الا بالاقرار الصريح.

ونقل(١) في شرح القواعد عن الدروس(٢) واحتمل، عدم الاقرار، فان عدم الانكار اعم من الاقرار، ولهذا لو قال: أنا مقرّله، لايلزمه لاحتمال الاقرار بشيء آخر مثل بأن (لاإله إلّا الله) أو ببطلان دعواه، بل ولو قال: (به) أيضاً، لاحتمال ان يكون مقراً بالألف لغير المدّعي، نفي الاقرار بقوله: (وانا مقرّبه) أيضاً تأمّل فلا يبعد عدمه وقبول تأويله المذكور وان كان خلاف الظاهر عرفاً في الجملة،

---

(١) الظاهر ان الناقل هو المحقق الثاني صاحب جامع المقاصد.

(٢) في الدروس: ويتحقق بقوله: له عندي (الى ان قال): وكذا صدقت او برئت او انا مقرلك به أو بدعواك أو لست منكراً ويحتمل عدم الاقرار لان عدم الانكار اعم من الاقرار (انتهى).

ولو قال: زنها أو خذها أو انا مقر ولم يقل: به أو أنا أقرّبها لم يكن اقراراً.

ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، فهو اقرار.

للأصل وعدم ظهور الخروج عنه الا بالدليل قال به في التذكرة حيث قال: وهذا يدل على ان الحكم بان قوله: (انا مقرّبه) اقرار فيما اذا خاطبه وقال: انا مقر لك به والا فيجوز الاقرار به لغيره.

ومنه يعلم وجه عدم الالزام والاقرار بمثل قوله: (زنها، وخذها) لاحتمال قول مثله على سبيل الجحود والاستهزاء والمبالغة في الانكار، وهو متعارف، وقد عرفت عدم الاقرار بأنه مقرّ مع عدم ذكر (به) بل معه أيضاً.

ووجه عدم قبوله (وانا أقرّبها) أنه ليس باقرار بحق ثابت، بل ظاهره وعد بالاقرار، لأنه مضارع للاستقبال أي زمان بعد زمان التكلّم، وهو ظاهر.

قوله: «ولو قال: أليس لي الخ» كون (بلى) اقراراً في جواب من قال: (اليس لي عليك كذا) ظاهر، وانه قد تقرر في النحو واللغة بانه في جواب النفي ظاهراً اثبات، مثل «ألستُ بربّكم قالوا بلى»(١).

واما (نعم) فاشكال لان المشهور في النحو واللغة أنه في جواب النفي، نفي، ولهذا قيل(٢): لو قالوا: (نعم) بدل (بلى) في جواب (ألست) لكفروا، ولأنه في العرف صار استعماله مكان (بلى) شايعاً، فيستعمل في جواب النفي بمعنى (بلى) عرفاً وان كان لغة خلاف ذلك.

ولما كان المصنف رحمه الله متردداً في ثبوت العرف وعدمه، قال: على اشكال.

ويحتمل ان رجح العرف وأراد من الاشكال، الاحتمال الضعيف كما

---

(١) الاعراف - ١٧٢.

(٢) القائل هو ابن عباس على ما في المغني لابن هشام.

وكذا (نعم) على إشكال.

مضى، ولهذا ماقال: (وفي نعم اشكال) بل قال: (وكذا نعم على اشكال) اي هو أيضاً اقرار لكن فيه احتمال ضعيف، فتأمّل.

والظاهر انه ليس باقرار، لأصل عدم الاقرار، وعدم ثبوت شيء في الذمّة، وعدم النقل، بعد ثبوت كونه في اللغة والنحو بمعنى النفي في النفي، فليس باقرار الّا مع تحققه (التحقق خ) (محقق خ)، بل قول المقر بذلك، فالظاهر عدم الاقرار الّا مع العلم.

قال في التذكرة: ولو سلّم (ذلك خ)، لكنه لاينفي الاحتمال وقاعدة الاقرار الأخذ بالقطع، والبتّ،، والحكم بالمتيقن، لاصالة براءة الذمة(١).

أُنظر في هذه المبالغة، واحفظ هذه القاعدة، واجعلها ضابطة فلا تنسها، فانها تنفع كثيراً فيما تقدم وفيما سيأتي.

وأراهم يخرجون عنها كثيراً، مثل جزمهم بان قولهم: (ولست منكراً له) اقرار مع الاحتمال المتقدم، واحتمال كون غير المطلوب والمدعى.

ويؤيّده ماقاله في التذكرة: ولو قال: لااقرّبه ولاانكره فهو كما لو سكت(٢). فافهم.

وأيضاً قال في التذكرة: اللفظ قد يكون صريحاً في التصديق، وتنضم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه الى الاستهزاء والتكذيب، ومن جملتها، الأداء والابراء وتحريك اللسان الدال على شدة التعجب والانكار، فعلى هذا يحمل قوله: (صدقت) وما في معناه على هذه الحالة فلا يكون اقراراً، فان وجدت القرائن الدالة على الاقرار حكم به، وان وجدت القرائن الدالّة على غيره حكم بعدم الاقرار(٣).

وفيه أيضاً مبالغة، وينبغي الحكم بالإقرار في اللفظ بمجرد عدم قرينة

(١و٢و٣) الى هنا عبارة التذكرة.

....

صارفة كما هوظاهر القواعد، وظاهر أوّل كلامه وعدم سماع دعواه الّا مع الظهور في الجملة، والّا يشكل الحكم بالاقرار مطلقاً، اذ ليس باكثر من الصراحة، وقد جوّز فيه ذلك مع عدم القرينة، وسمعت الدعوى.

فتأمّل، فانّا نجد الخروج عن هذه الضابطة في كثيرمن مسائل الوصايا والاقرارات.

ثم اعلم أنّ الشيخ (علي خ) رحمه الله(١) ـ بعد ان قال: الأكثرعلى ان (نعم) في جواب قوله: اليس لي عليك كذا) ليس باقرار (قال ظ) ـ وجهه ماتقدم من كون (نعم) في اللغة العربيّة تصديقاً للسؤال مطلقا، فان كان نفياً فهو تصديق للنفي فمعنى (نعم) هنا، (نعم ليس لك عليّ كذا)، فليس باقرار، ولهذا نقل، عن ابن عباس أن لو قالوا: نعم لكفروا في الآية كما مرّ، وقال قوم بأنه يكون اقراراً.

قال في التذكرة(٢) إنّ كلّ واحدة من (نعم) و(بلى) يقام مقام الآخر في العرف.

قال في المغني(٣): ونازع السهيلي(٤) وجماعة في المحكّي عن ابن عباس وغيره في الآية متمسكين بان الاستفهام التقريري غير(٥) موجب ولذلك امتنع سيبويه من جعل ام متصلة في قوله تعالى: «أفَلا تُبْصِرون أمْ انا خيْر»(٦)، لأنها

(١) يعني به الشيخ علي بن عبدالعالي صاحب جامع المقاصد.

(٢) عبارة التذكرة هكذا: لوقال: اليس لي عليك الف فقال بلى كان مقراً (الى ان قال): ولوقال نعم فاحتمالان احدهما انه لايكون مقراً (الى ان قال): والثاني انه يكون مقراً لان كل واحد من (نعم) و(بلى) يقام مقام الآخرفي العرف (انتهى).

(٣) هولابن هشام جمال ابي محمد عبدالله بن يوسف المصري الحنبلي النحوي المتولد ٧٠٨ المتوفى ٧٦١.

(٤) هوعبدالرحمن بن الخطيب الاندلسي المالقي النحوي اللغوي المتولد ٥٠٨ المتوفى ٥٨١ صاحب شرح الجمل والاعلام.

(٥) غير موجب (المغني). (٦) الزخرف ـ ٥١.

....

لا تقع بعد الايجاب(١).

واستشكله(٢) بأن (بلى) لا يجاب بها الايجاب اتفاقاً.

وفي بحث (نعم) يحكى، عن سيبويه(٣) وقوع (نعم) في جواب (الست) ثم قال: ان جماعة من المتقدمين والمتأخرين(٤) قالوا: اذا كان قبل النفي استفهام (تقريري)، فالأكثر ان يجاب به النفي رعياً للفظ، ويجوز عند أمن اللبس ان يجاب به الايجاب رعياً لمعناه (الى قوله)(٥):

فحيث ظهر أنّ (بلى) و(نعم) يتواردان في جواب (أليس) مع أمن اللبس واقتضى العرف إقامة كل منهما مقام الآخر فقد تطابق العرف واللغة على ان (نعم) في مثل هذا اللفظ اقرار كـ(بلى) لانتفاء اللبس، وهو الأصحّ واختاره شيخنا في الدروس.

وممّا قررناه علم أنّ جعل (نعم) هنا اقراراً أولى من جعل (بلى) اقراراً في قوله: (لي عليك الف) للاتفاق على انه لايجاب به الايجاب (انتهى)(٦).

وفيه(٧) تأمّل من وجوه (الأول) انه مافهم تطابق العرف واللغة بالاتفاق، نعم قد جوّز بعض أهل اللغة ذلك، وكلامه المتقدم صريح في ذلك، فما

---

(١) الى هنا عبارة المغني.

(٢) في المغني في حرف الباء: عقيب قوله: الايجاب هكذا: واذا ثبت أنه ايجاب فـ(نعم) بعد الايجاب تصديق له ويشكل عليهم بان (بلى) لايجاب بها الايجاب وذلك متفق عليه (انتهى).

(٣) هو عمرو بن عثمان الفارسي البيضاوي العراقي البصري النحوي المتوفّى حدود ١٨٠ وقيل ١٩٠.

(٤) في المغني ـ بعد قوله: والمتأخرين ـ منهم الشلوبين اذا كان قبل النفي استفهام، فان كان على حقيقته فجوابه كجواب النفي المجرّد، وان المراد به التقرير فالاكثر الخ.

(٥) يعني الى قول صاحب جامع المقاصد شارح القواعد.

(٦) يعني انتهى كلام صاحب جامع المقاصد.

(٧) يعني فيما ذكره المحقق صاحب جامع المقاصد من أوله الى هنا.

....

حصل التطابق المذكور.

(والثاني) انه قد جوز البعض في غير محلّ اللبس، وهنا قد يقال بوجوده، فانه غير معلوم كونه جواباً وتصديقاً للسلب الذي هو صريح لفظه، وبذلك الاعتبار يقع (بلى) جواباً له، أو باعتبار المعنى والمآل الذي لااعتداد به على فنون العربيّة التي مدارها ملاحظة اللفظ، ولهذا لايقع (بلى) جواباً كما اشير اليه فيما تقدم بقوله: واستشكله الخ.

(والثالث) انه على تقدير التسليم، فكونه اقراراً محلّ التأمّل، لأن الأصل براءة الذمّة، ويكفي احتمال وقوعه جواباً للفظ لاالمعنى لـ(بلى) فيكون قاصداً للغة وقانون العربيّة المشهورة وان جوّز كونه جواباً باعتبار المعنى أيضاً، ولكن هذا ارجح، للأصل وقبول الاحتمال البعيد في الأقارير، وكونها (نه) مبنياً على القطع.

وقال في التذكرة: ولو(١) سلم، لكنه لاينفي الاحتمال، وقاعدة الاقرار الأخذ بالقطع والبتّ والحكم بالمتيقن، لاصالة براءة الذمّة.

وقال فيها أيضاً: اللفظ قد يكون صريحاً في التصديق وينضمّ(٢) اليه مايصرفه عن موضعه الى الاستهزاء والتكذيب ومن جملتها الأداء والابراء (ونحو ذلك (وخ) تحريك) اللسان الدال على شدّة التعجب والانكار فعلى هذا يحمل قوله (صدقت) وما في معناه على هذه الحالة فلا يكون اقراراً آه.

وقال أيضاً فيها: لان الاحتمال ولو كان نادراً، ينفي لزوم الاقرار عملاً بالاستصحاب.

وكأنك تعلم عدم المنافاة بين أقواله هذه وما نقله، لانه بصدد توجيه

(١) ولو سلم لكنه لاينبغي الاحتمال كذا في نسخة الشارح قده والصواب ماأثبتناه من التذكرة.
(٢) وتنضم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه (التذكرة).

....

احتمال صحّة الاقرار، وهو ظاهر لمن نظر في التذكرة.

(والرابع) ان الفرق بين (بلى) في جواب (لي عليك كذا) و(نعم) في جواب (اليس) واضح، لأن (بلى) لايجاب بها الايجاب اتفاقاً على ماتقدم في كلامه، وقد علم ان المراد، المنع لغة لاعرفاً، لما تقدم من جواز اقامة كلٍّ مقام الآخر عرفاً، فلو لم يحمل على الاقرار يصير خلاف العرف مع عدم احتمالٍ آخر، فيصير لغواً وتركاً للعرف أيضاً بخلاف (نعم) في جواب (اليس) لما عرفتَ أنه يحتمل المعنى اللغوي على تقدير تجويز العرفيّ فيه أيضاً.

وأما مع عدم التجويز-كما هو المشهور والمنقول عن ابن عبّاس وغيره كما مرّ -فظاهر، فمختار الأكثر أولى لامختار الدروس(١).

والعجب عنه، أنه قليلاً مّا يخرج عن الأكثر، خرج هنا عنه وعن الأصل بمثل ماتقدم(٢).

على ان حمل (نعم) على عدم الاقرار في جواب (أليس) موافق لأصل البراءة والاستصحاب، واللغة والعرف بالإتفاق، وحمله على الاقرار بمعنى كونه بمعنى (بلى) مختلف في اللغة بل ادّعي عدمه في كتب اللغة.

نعم نقل عن البعض جوازه كما تقدم، والعرف غير ظاهر وان ظهر وصار متفقا عليه وراجحاً ليس باقرار لما مرّ من القاعدة.

واعجب منه قول الشهيد الثاني رحمه الله(٣) في شرح الشرايع كونه اقراراً اقوى، وهو مذهب أكثر المتأخرين، وهم أعلم.

---

(١) كما جعل المحقق الشيخ عليّ ره مختار الدروس هو الأصحّ.

(٢) من قوله رحمه الله: فحيث ظهر ان (بلى) الى قوله: وهو الاصحّ فراجع.

(٣) قال في المسالك ـ بعد بيان ان (نعم) بعد الايجاب تصديق ـ مالفظه: فاذا ورد ذلك لغة واستعمل عرفاً استعمالاً شايعاً، فالحكم بصحّة الاقرار به قوي وعليه اكثر المتأخرين (انتهى).

ولو قال: اشتريت منّي أو استوهبت؟ فقال: نعم، أو ملكت هذه الدار من فلان او غصبتها منه فهو اقرار.

بخلاف تملكتها على يده.

قوله: «ولو قال: اشتريت مني الخ» كون (نعم) اقراراً في جواب من قال مستفهماً: (اشتريت مني واستوهبت؟) ظاهر، فان معناه نعم اشتريت منك واستوهبت منك، ولاشك أنه اقرار بانه ماكان ملكاً له، بل كان ملكاً للمخاطب(١)، عليه يد متصرفة مشروعة، فهي ظاهرة في الملكيّة فيحتمل أن يكون اقراراً بالملكيّة للمخاطب.

وان قلنا: أنه لم يكن اقراراً بملكيته لم يجب تسليمه اليه، بل قبول ملكيته بعد دعواه فانه متصرف قابل بانه له من غير منازع، فلو لم يكن مجرد اليد مفيداً لذلك فلا شكّ في افادته مع الدعوى.

قال في التذكرة: ولو قال: بعني هذا العبد فهو اقرار بعدم ملكيّة القائل له وهل هو اقرار للمخاطب بالملكيّة؟ اشكال، لاحتمال أن يكون وكيلاً(٢).

ويمكن أن يكون اقراراً بانضمام ماتقدم، وأن الأصل عدم التوكيل، فتأمّل.

وكذا قوله: ملكت هذه الدار من فلان، او غصبتها منه، فان معناه كانت في يده، بل كانت ملكه لما مرّ فتأمل فيه، فيجب التسليم كما تقدم.

قال في التذكرة: ولو قال: ملكت هذه الدار من زيد فهو اقرار بالملكيّة لزيد على اشكال(٣).

بخلاف(٤) ان قال: تملكتها على يده، فانه ظاهر في ان ملكيته حصل بمدخليته،

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) في النسخ المخطوطة عندنا وكذا المطبوعة الحجرية هكذا: بل كان ملكاً للمخاطب عليه يداً متصرفة مشروعة والصواب ماأثبتناه.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

(٤) استدراك لبيان عبارة الماتن رحمه الله.

ولو قال: بعتك اباك، فاذا حلف الولد عتق المملوك ولا ثمن.

(الرابع) المقرّ به، وفيه بحثان: (الأوّل) في الإقرار بالمال.

ولايشترط كونه معلوماً، فلو أقرّ بالمجهول صحّ.

والاان يكون مملوكاً للمقرّ.

بان كان وكيلاً في الشراء ودلّالاً ونحوه، فليس باقرار له، لابالملكيّة، ولابالبد المستلزمة لها.

قوله: «ولو قال: بعتك الخ» يعني اذا قال شخص: إنّ هذا كان عبداً لي، وابوك وقد بعتك ايّاه فانكر المخاطب الشراء، فهو منكر يتوجه اليه اليمين، بناءً على الأصل المقرر، فيحلف على عدم الشراء، فما ثبت عليه بالبيع، فلا ثمن عليه، وينعتق العبد المذكور، لان مالكه قد أقرّ بحريته حيث قال: انه قد باعه على ابنه، لما ثبت عندهم ان البيع على الابن مستلزم للعتق.

قوله: «الرابع المقرّبه الخ» هذا هو الشروع في بيان الركن الرابع وهو المقرّبه، وهو امّا مال أوغيره.

اما المال فلا يشترط كونه معلوماً، نعم يشترط كونه ممّا يمكن العلم به وأخذه في الجملة ولو بالصلح على عوضه.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ويدل عليه عموم أدلة الاقرار أيضاً مع عدم المانع.

ولايشترط ملكيّة العين المقرّبها حال اقراره بها، بل يشترط عدمها له حينئذٍ، لانه لو كانت ملكاً له حينئذٍ لايمكن كونها قبله للمقربها كما هو مقتضى الاقرار، فانه اخبار بالملكيّة السابقة، لامثبت لها، فيبطل الاقرار على هذا التقدير وهو ظاهر، ولكن بطلانه ـ فيما اذا كان ظاهر كلام المقرانه ملكه ويحتمل عدمه، مثل

بل لو كان مملوكاً له بطل، كما لو قال: داري لفلان أو مالي.

ان قال: داري لفلان، ومالي محل التأمّل.

اذ الأصل والظاهر يقتضي الصحّة وعدم اللغوية وعدم البطلان، وكذا حمل كلام العقلاء على الصحيح والظاهر المتبادر، ولايحمل على الاحتمال البعيد النادر.

وكذا جواز الاضافة لادنى ملابسة، مثل كون الدار مسكنه الآن، وفي اجارته، والمال تحت يده، مع ان العادة اقتضت جواز الاضافة بمثل ذلك، فانه يقال: كنت في دار فلان، وبيت فلان مع كون الدار في اجارته واعارته، باعتبار الكون فيه الآن.

فالبطلان الذي قال المصنف محلّ التأمل الّا ان يحمل على فرض العلم بان المراد داري التي ملكي الآن ومالي كذلك ولاشكّ حينئذٍ في البطلان، لما مرّ.

ويمكن حينئذٍ كونه محمولاً على الوعد بالهبة ونحوها، وهذه المحامل بدون فرض العلم بعيد.

ويبعد دفعه بان القاعدة المتقدمة اقتضت البطلان، لاحتمال كون الاضافة حقيقيّة وان كان بعيداً، اذ لو لم يكن مثله اقراراً ـ لاحتمال ارادته الملك الحقيقي والوعد بالهبة ونحوها ـ يشكل الحكم بصحّة سائر الأقارير حتى قوله: (له عليّ كذا) و(هذا له) فلا يكون اقراراً بانه له الآن، لاحتمال ارادة كونه (كان له) و(وعد بالقرض أو الهبة) للصداقة والاخوة وغير ذلك.

فقول(١) التذكرة بعد الحكم ببطلان الاقرار في مثل (داري) كما في المتن محتجاً بقوله: لما فيه من التناقض، والمفهوم منه، الوعد بالهبة، ولايحتمل ان يقال: إنه اضاف الى نفسه، لما بينهما من الملابسة (الى قوله)(٢): فيحكم بصريح اقراره

(١) مبتدأ وقوله ره: يحتاج الى التأمّل خبره.

(٢) متعلق بقوله/ره: اضاف.

ولو شهد الشاهد بانـه أقرّ له بدارٍ كانت ملكه الى حين الإقرار، بطلت الشهادة.

ولو قال: هذه الدار لـفلان وكانت ملكي الى وقت الإقرار أخذ بأوّل كلامه.

ويشترط كون المقرّ به تحت يده.

للغير، لان الاحتمال ولوكان نادراً ينفي لزوم الاقرار عملاً بالاستصحاب.

يحتاج الى التأمل فتأمّل.

وأما وجه بطلان الشهادة ـ لو شهد الشاهد بانه أقر لفلان بدار كانت ملكه الى حين الاقرار ـ فظاهر ممّا تقدم، وهو المنافاة ولايلتفت الى التأويل المصحح للشهادة.

قوله: «ولوقال هـذه الدار لفلان الخ» في الأخذ بأول الاقرار ـ في مثل قول (هذه الدار لفلان وكانت ملكي الى اول وقت الاقرار) ـ هو المذكور في اكثر الكتب.

ولي فيه تأمل بناءً على ماتقدم من القاعدة خصوصاً مع قول التذكرة فيما تقدم حيث قال: ولايحتمل ان يقال آه.

قوله: «ويشترط كون المقرّ به تحت يده» الظاهر ان المراد باشتراط كون المقرّبه تحت يد المقرّ، كونه حال الاقرار وتصرفه فيه تصرفاً ملكيّاً ليخرج نحو اقرار المستعير ملكيّة المعار في ترتب جميع الاحكام، والا فيترتب عليه بعض الأحكام بدون الشرط كما سيأتي في اقراره بحريّة عبد الغير، فان اقراره هنا ليس بلغو لاحكم له أصلاً ولهذا لايجوز له ان يأكل من كسبه بغير اذنه ان كان صادقاً وان اذن له المولى ويمنعه الحاكم من ذلك وهو ظاهر.

قال في التذكرة: يشترط في القضاء والحكم بالاقرار بالملكيّة ـ لمن أقرّله ـ كون المقرّبه تحت يد المقرّ وتصرفه فيه، فلو أقرّبما ليس في يده، بل في يد الغير، كعبد

فلو أقرّ بحرّية عبد غيره لم يقبل.

فلو اشتراه كان فداءً من جهته وبيعاً من جهة البايع.

فلا (ولا خ) يثبت فيه خيار الشرط والمجلس.

زيد، أقرّبه لغيره، لم يحكم بثبوت الملكية في العبد للمقرّله بمجرد الاقرار، بل يكون دعوىً أو شهادة، ولايلغو الإقرار من كلّ وجه، بل لو حصل المقرّبه في يده بملكيته ظاهرة، أمر آه(١).

ويحتمل ان يكون كونه شرطاً في ترتب الأحكام حال الحكم لاحال الاقرار بصحّته، وهو بعيد يأباه.

قوله: «فلو أقرّ بحرّية عبد غيره الخ» اي لو قال لمن هو عبد ظاهراً في يد شخصٍ، أنه حرّ لايقبل ذلك أيْ لايصير حرّاً كما لو كان في يده وقال ذلك، بل هو شاهد واحد على ذلك، فلمالكه بيعه على غيره وعليه أيضاً على الظاهر، اذ قد يوجد بشرائه ظاهراً غرض صحيح، مثل استنقاذه وتخليصه من العبودية، فليس بواضح كون الشراء ظاهراً له حراماً حتى يكون معاونة على بيعه كما قيل في البيع لمن يجوز له البيع بعد نداء يوم الجمعة على من لايجوز له ذلك، وكما في تزويج شخص ممن يقرّ بتحريمها عليه لبناً أو رضاعاً، ولو وجد في مثله أيضاً وجه صحيح، مثل تخليصه من يد ظالم لاشكّ في جواز ايقاع صورة العقد إن لم يندفع الا به، بل يحتمل وجوبه فتأمّل.

ثمّ لاشكّ ان ليس هنا شراء حقيقيّ بحسب ظاهر الشرع، ولو كان كاذباً في نفس الأمر يكون شراءً بحسب نفس الأمر، وقالوا: فلا يترتّب عليه حينئذٍ أحكام الشراء بالنسبة اليه، وكأنّ مرادهم بحسب ظاهر الشرع، واما بحسب نفس الأمر فهو مكلف بمقتضاه.

فلا يثبت له خيار الشرط لو شرط، ولاخيار المجلس، ولاخيار الحيوان، اذ

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة ٢: ١٥٠.

ثم يحكم بالعتق على المشتري.

شراءه هنا استنقاذ الحرّ من العبوديّة الباطلة.

قال في التذكرة: هذا من جانبه إجماعاً(١)، فيحكم(٢) بحرّيته بعد شرائه، والآمر يرفع يده عنه عملاً باقراره، ولاشكّ في ذلك بالنسبة الى مايفعل معه المقرّ فليس له إعماله واخذه كسب يده، بل يعامل معه معاملة الأحرار.

واما الحكم بكونه حرّاً مثل الاقرار بالنسبة الى غيره، فلا.

والحكم بان ليس له احكام الشراء مطلقا، لايخلوعن بعدٍ، اذ ينبغي ان يكون له ذلك بالنسبة الى اقرار البالغ، فله ان يأخذ الارش وخيار الغبن، واخذ ماغبن فيه، بل لوفسخ في المجلس ينبغي ان يقبل منه.

وكذا باقي الخيارات، فان البايع والحاكم باعتقاد البيع وان لم يكن بالنسبة اليه بيعاً، بل افتراءً واستنقاذاً.

والظاهر انه ماوجب التزام احكام البيع اللازم من جميع الوجوه عليه باقراره الحرّية والتزام الاستنقاذ والافتداء، فله ان يرجع عن الاستنقاذ، اذ هوغير لازم فلا يمكن الحكم عليه باكثرمن احكام الشراء اللازم بحسب ظاهر الشرع، نعم ليس له بحسب اقراره تسليمه اليه، ولكن قد يؤخذ منه بعد أخذ ثمنه قهراً ويحكم الحاكم بعد سماع الاقرار في حق الغير.

بل الظاهر وجوب ردّ الثمن من البايع على المشتري لوفسخ البيع بأحد الوجوه الجائزة في البيع، بل لايبعد للمشتري جواز أخذ ثمنه قهراً وسرقة وعلى أي وجه اتفق دون ردّ المبيع ان لم يكن(٣) قصد التصدق والقربة في استنقاذ الحرّية،

(١) عبارة التذكرة هكذا: اذا كان صورة اقراره ان عبد زيد حرّ الاصل، او أنه اعتق قبل ان اشتريه فاذا اشتراه فهو فداء من جهته إجماعاً (انتهى).

(٢) هذا التفريع من الشارح قده.

(٣) هكذا في النسخ المخطوطة والمطبوعة: بدون الواو، ولعل الصواب: وان لم يكن زيادة مع الواو ليكون قوله قده أخذ الثمن منه جواباً له.

فان مات العبد ولاوارث له وله كسب أخذ المشتري الثمن.

ولو قال: له في ميراث ابي أو من ميراث أبي أو في هذه الدار، مأة، فهو اقرار.

أخذ الثمن منه.

ثم ان مات العبد وله مال، ملكه بعد الاستنقاذ والحكم بالحرّية، فقال المصنف وغيره: يأخذ المشتري ثمنه من ماله.

كأنّ وجهه انه مال البايع بالولاء فيأخذ ثمنه اقتصاصاً حيث تعذر العين والعوض، هذا.

وفيه تأمّل، اذ يحتمل كونه حرّ الأصل أو معتق(١) في كفارة ونحو ذلك فلا يكون ماله للبايع، بل اما لورثته مع الوجود، ومع العدم للامام عليه السلام.

نعم ان كان للبايع في غير الكفارة، بل تبرعاً، غير مبرئ عن ضمان حرّيته ولم يكن له وارث ويكون الاقرار على هذا الوجه، ولايكون متبرعاً في الافتداء ومتقرّباً الى الله في تخليص حرّ، فانه حينئذٍ يكون الثمن بمنزلة التصدق حيث صرف في البرّ لله لاستنقاذ حرّ عن العبوديّة، ويكون قصده الأخذ منه مهما امكن وتعذّر ذلك بالكليّة الا عن هذا المال.

فليس ببعيد جواز أخذ الثمن، بناءً على ان ماله للبايع، لان الولاء له حينئذٍ على ماقالوا، فيمكن حمله عليه، وفي هذا الحكم تأييد لبعض ماتقدم فافهم.

وهذا كلّه على تقدير صدقه.

واما ان كان كاذباً فالمبيع عبد له يفعل به مايجوز فعله بالعبد من الاستخدام وغيره ان تمكن، وماله بعده، له، بناءً على ان مال العبد لمولاه فتأمّل.

قوله: «ولو قال: له في ميراث أبي الخ» وجه كون قوله: (في ميراث

---

(١) ولعل الصواب بل الظاهر معتقاً بالنصب.

بخلاف، له في ميراث (ثي خ) من أبي أو من ميراثي (من أبي خ)، أو في داري هذه، أو في مالي.

أبي، أو من ميراث أبي مائة) مثلاً اقراراً، ظاهر، لان هذا الكلام كالصريح في ان للمقرله دين على أبيه ومتعلّق بتركته، وان له استحقاقاً في ذلك، ولافرق بين ان يقول: (على ابي مائة) وبين ماتقدم.

بخلاف، (له في ميراثي من أبي أو من ميراثي من أبي أو في داري أو في مالي مائة) فان ظاهره تناقض، لان ظاهر (له) ملكيّة المقرله، وظاهر الاضافة ملكيّة المقرّ فاذا حمل على الظاهر فلا حكم لهذا الكلام، فلا اقرار.

وإن أردنا تصحيحه بالتأويل، لعدم حمل كلام العقلاء على اللغو والتناقض كما هو مقتضى القاعدة، يحتمل(١) ان تكون الاضافة لأدنى ملابسة فيكون المجاز في الاضافة وحينئذٍ يكون اقراراً.

ويحتمل أن يقال: المجاز في (له) فانّ المراد الانشاء والوعد بالتملك بالهبة ونحوها، والاضافة لتكون على أصلها، وحينئذٍ لايكون اقراراً.

وظاهر أولويّة الثاني لأصل براءة الذمة والاستصحاب.

قال في التذكرة(٢): ولايحتمل ان يقال: انه اضاف الى نفسه لما بينهما من الملابسة (الى قوله): لأن الاحتمال ولو كان نادراً، ينفي لزوم الاقرار عملاً بالاستصحاب.

وقال في موضع آخر(٣) منها قاعدة الاقرار، الأخذ بالقطع والبت والحكم بالمتيقن.

---

(١) جواب لقوله قده: وان اردنا.

(٢) في اواخر الفصل الثاني من كتاب الاقرار.

(٣) في اوائل الفصل الثاني من كتاب الاقرار.

ولو قال في هذه المسائل: بحقّ واجب أو بسبب صحيح ونحوه صحّ.

وفي موضع آخر منها اللفظ قد يكون صريحاً في التصديق وينضم اليه قرائن تصرفه الى الاستهزاء والتكذيب، ومن جملتها الأداء والإبراء وتحريك اللسان الدال على شدة التعجب في الانكار، فعلى هذا يحمل قوله: (صدقت) وما في معناه على هذه الحالة فلا يكون إقراراً، فان وجدت القرائن الدالّة على الاقرار حكم به آه(١).

لانه ان حمل على الظاهر فليس باقرار، وان حمل على غيره فهنا احتمالان، الاقرار، وعدمه فان سلّم تساويهما فترجح الثاني بالأصل والاستصحاب.

واما اذا انضمّ الى جميع الصور التي قيل بعدم الاقرار فيها، مثل قوله: (بحق واجب او بسبب صحيح) فقد أكّد كونه اقراراً ودفع التناقض بارادة المعنى المجازي الذي مستلزم للاقرار، لا المجازي الذي مستلزم لعدمه، كما هو عادة التأكيد فصار قرينة صريحة صارفة عن الحقيقة والمجاز اللذين يستلزمان عدم الاقرار، فصار كالصريح في الاقرار.

وهذا تحرير هذه المسائل.

فلا يرد حينئذٍ ما اورده المحقّق الثاني وغيره على هذه المسائل في كلامهم، مثل قوله(٢) في شرح القواعد: فاذا قال: داري لفلان لم يمتنع ان يكون المراد الدار التي هي بحسب الظاهر لي، ملك لفلان الخ.

وقوله(٣): الا ان يقال: المتبادر من قوله: (داري التي هي بحسب الواقع لي) (الى قوله): ولايضرّ ذلك لانه ان سلّم كونه متبادراً فشيوع الآخر في

---

(١) وتتمة العبارة: وان وجدت القرائن الدالّة على غيره حكم بعدم الاقرار (انتهى).

(٢) يعني المحقق الثاني في جامع المقاصد ج١، ص٥٣.

(٣) عطف على قوله قده: (قوله في شرح القواعد، وكذا قوله أيضاً معترضاً الخ).

....

الاستعمال، امر واضح.

وقوله -أيضاً معترضاً على الشيخ وابن ادريس حيث ذهبا الى عدم الاقرار في مثل (داري)، والى الاقرار بعد ضم الأُمور المتقدمة-: ولا ريب ان الاضافة بأدنى ملابسة مجاز الا انه لايضرّ ذلك، لانه استعمال شايع مشهور، والتناقض(١) الذي فرّ منه الشيخ وابن ادريس في الفرض لايندفع بقوله: بأمر حق واجب الخ.

وكذا قوله(٢): ولقائل ان يقول التناقض المدّعى لزومه، في قوله: (داري لفلان)، لازم هنا لأنّ ماكان ميراثاً لأب المقر فهو ملك له أو على حكم مال الميّت مع الدين، وعلى كل تقدير فليس ملكاً للمدين، وقد اقتضى الإقرار كونه ملكاً له، (فان قيل) المراد بقوله: (له في ميراث أبي) استحقاق ذلك (قلنا): هو خلاف الظاهر، فانه خلاف الوضع اللغوي والشهر في الاستعمال العرفي، واذا جاز ارتكاب مثل هذا هنا، ففيما سبق أولى.

وكذا قوله(٣): بعد ملاحظة ماقلنا، ولايظهر فرق بين المسألتين (أي بميراث أبي) و(ميراث من أبي) والاقوى صحّة الاقرار فيهما.

---

(١) في المبسوط: والفرق بين المسألتين انه اذا قال في ميراثي من أبي فقد اضاف الميراث الى نفسه واذا جعل جزءاً (له) من ماله لم يكن ذلك الا على وجه الهبة، واما اذا اضيف الى نفسه فما جعل له جزءً من ماله، وانما اقر له بدين في تركة أبيه (الى ان قال): هذا كلّه اذا لم يقل بحقّ واجب، فسواء اضافه الى نفسه او لم يضفه فانه يكون اقراراً ولايكون هبة لان الهبة لا تكون حقاً واجباً (انتهى).

(٢) وفي السرائر: واذا قال له عليّ من ميراث أبي الف درهم لم يكن أيضاً اقراراً، لانه اضاف الميراث الى نفسه ثم جعل له جزءً ولايكون له جزءً من ماله الا على وجه الهبة او الصدقة، ولو قال: له من ميراث أبي ألف درهم كان ذلك اقراراً بدين في تركته، وهكذا لو قال: داري هذه لفلان لم يكن اقراراً لمثل ماقدمناه لان هذا مناقضة (الى ان قال): فاما اذا قال: هذه داري، او داري لفلان بامر حق ثابت كان اقراراً أيضاً صحيحاً (انتهى).

(٣) عند شرح قول المصنف في القواعد: ولو قال: له في ميراث أبي... الخ.

ولو قال: لفلان عليّ شيء أو مال قبل تفسيره باقلّ مايتموّل. ولايقبل بالحبّة من الحنطة.

وكذا قوله(١): وقد قدمنا مايدل على عدم الفرق في الحكم -أي(٢) بين قوله: (له من هذه الدار كذا) وبين (من داري) أو (مالي).

وكذا قوله(٣): وقد عرفت ان هذاالقول-أي-بحق واجب أو سبب صحيح ونحوه-:

لايدفع التناقض فيا قدمناه، بل يؤكده، فان جعل دليلا في العدول عن الظهور فبقوله: (داري) و(ملكي) فصحّة الاقرار صالحة للدلالة على ذلك أيضاً وان كانت مع هذا القول آكد.

قوله: «ولو قال: لفلان عليّ شيء الخ» قد عرفت أنه لايشترط في الاقرار المعلوميّة، بل يصحّ بالمجهول، فلو قال لزيد علي شيء لزمه ماصدق عليه شيء، فان لم يفسر حبسه الحاكم حتى يفسّره، فان فسّره بما يتموّل عادة قبل ذلك من غير خلاف وان كان اقل مايتموّل.

وان فسّر بما لايتموّل عادة، ولكن كان من جنس مايتموّل عادة كالحبّة من الحنطة والسمسم، فجزم المصنف هنا بعدم القبول، لان المتبادر من (له علي شيء) مايتموّل عادة ويسمع دعواه، والحبّة ليست كذلك.

ولكن قال في التذكرة: فالأقوى القبول (وهو اصحّ وجهي الشافعية) فانه شيء يحرم اخذه، وعلى من أخذه ردّه(٤).

ويمنع عدم سماع الدعوى، ويؤيّده أصل براءة الذمة وصدق اللفظ الذي

---

(١) في شرح قول المصنف ره: ويصح لوقال من هذه الدار الخ ص٥٤٧.

(٢) تفسير من شارح هذا الكتاب قدس سره.

(٣) في شرح قول المصنف ره: ولوقال في ذلك كلّه بحق واجب او سبب صحيح الخ.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة.

ولابكلب الهراش، ولاالسرجين.
وجلد الميتة والخمر والخنزير.

أقرّبه عليها في الجملة، والضابطة المتقدمة، والزبيبة والتمرة كذلك(١).

وان لم يكن من جنس مايتموّل ـولكن له منفعة يعتدّ بها عادة ويجوز اقتناؤه كالسرجين الطاهر، وان لم يكن له منفعة يعتدّ بها المقصودة ككلب الهراش ـ فجزم المصنف بعدم القبول أيضاً فيهما، كأنه لما مرّ.

قال في التذكرة: في الكلب المعلّم والسرجين اشكال أقربه، القبول، لأنها اشياء يثبت فيها الحقّ والاختصاص ويحرم أخذها ويجب ردّها(٢).

كأنه الاولى لما تقدم، على انه قد يقال: الكلب المعلم يتموّل على العادة، بل السرجين أيضاً وكلب الهراش نجد أنّ الاصحاب يصرّحون بعدم تملكه ۏالاعتداد بنفعه، ولايبعد قبوله عند من كان يعتدّ بمثله.

واما كلب الماشية والزرع والحائط والكلب القابل للتعليم، فملحق بالمعلّم صرح به في التذكرة(٣).

وامّا ان فسره بما لايجوز الانتفاع به واقتنائه، مثل جلد الميتة والخمر والخنزير والكلب الذي لامنفعة له أصلاً فلا تقبل عندنا قاله في التذكرة(٤)، كأنه مجمع عليه.

ولايبعد قبوله اذا كان القائل (القابل خ) ممن يعتقد جواز الانتفاع بها،

---

(١) يعني تفسير الشيء بالزبيبة والتمرة كتفسيره بالحبّة في عدم القبول.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) حيث قال: وكلب الماشية والزرع والحائط ملحق بالمعلم (انتهى).

(٤) حيث قال: وان لم يكن من جنس مايتموّل فامّا ان يجوز اقتناؤه لمنفعة أولا (الى ان قال) والثاني كالخمر التي لاحرمة لها او الخنزير وجلد الكلب والكلب الذي لامنفعة فيه، وهذا لايقبل تفسيره به عندنا (انتهى).

ولا ردّ السلام او (وخ) العيادة، ولولم يفسّر حبس حتى يفسّر.

سواء كان كافراً او مسلماً، مخالفاً أو موافقاً، جاهلاً يمكن كونه جاهلاً بمثله، فتأمّل.

قال في التذكرة: لو قال: له عليّ شيء، وفسره بالخنزير والخمر قبل على اشكال آه.

واما التفسير بردّ السلام والعبادة، ومثلهما تسميت العاطس، وجواب الكتاب، فجزم المصنف أيضاً بعدم القبول، لان المتبادر من مثل (له عليّ شيء) ثبوت مال في ذمته، والذي يسمع دعواه، المطالبة وهذه الاشياء تسقط بالفوات قاله في التذكرة(١).

ويحتمل عدم السقوط، فيجب الرد فيما هو واجب، ويستحب في المستحب مع بقاء محلّه ورأيت في كتاب النووي، انه يصحّ ان يبرأ عن حق السلام، فيحتمل القبول لما تقدم، ولما سيأتي من قبول تفسير مال عظيم بأقلّ مايتموّل، لاحتمال ارادة عظيم خطره حيث يكفر مستحلّه.

ولاشكّ ان حمل (له عليّ شيء) على ردّ السلام ليس بأبعد منه، ولأنه لفظ صالح لذلك الحمل ويدّعيه المقر، والأصل حمل كلام الغير على الصحّة.

قال في التذكرة: يحتمل القبول اذا اراد ان عليّ ردّ السلام اذا سلم وتسميته اذا عطس، لما روي في الخبر: للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً... يردّ سلامه، ويسمّت عطسته ويجيب دعوته آه(٢).

---

(١) في التذكرة- بعد حكمه بعدم القبول-:ماهذه عبارته، لبعده عن الفهم في معرض الاقرار، اذ لامطالبة بهما، والاقرار في العادة بما يطلب المقرّله ويدّعيه، ولانهما يسقطان لفواتهم ولايثبتان في الذمة، والاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة وكذا لوفسّره بتسميت عطسته (انتهى).

(٢) الوسائل باب ١٢٢ قطعة من حديث ٢٤ من ابواب احكام العشرة من كتاب الحج ج٨ ص٥٥٠ وفيه: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: للمسلم على اخيه ثلاثون حقاً لابراءة له منها الا بالأداء، أو العفو (الى ←

ولو فسّر بدرهم، فقال المدعي آرذت العشر لم يقبل دعوى الارادة.

بل له أن يدّعي على العشرة فيقدم قول المفسّر (المقرخ ل).

قال في التذكرة: اما لو قال: له عليّ حق، فانه يقبل التفسير بالعبادة وردّ السلام وقال بعض الشافعيّة: لافرق بين ان يقول: له عليّ شيء او حق كيف والحق اخصّ من الشيء، فيبعد ان يقبل تفسير الاخص بما لايقبل تفسير الاعم فتأمّل.

واما الفرق بين الشيء والمال فظاهر، فانه لايقال لنحو رد السلام مال، ويقال: له شيء بلا شكّ فلا يقبل تفسيره وان قبل تفسير الشيء به فالجمع بينهما في حكم واحد محلّ التأمّل.

وقال في التذكرة: اذا قال: له عليّ مال يقبل تفسيره باقل مايتموّل ولايقبل تفسيره بما ليس بمال إجماعاً كالكلب والخنزير وجلد الميتة، ويقبل بالتمرة، الواحدة (الى قوله): وكذا لو فسّره بالحبّة من الحنطة والشعير.

قوله: «ولو فسّر بدرهم الخ» أي لو قال: له عليّ شيء أو مال ثم فسّره بدرهم مثلاً أو بمائة أو قال المقر: اردت بالشيء اكثر من درهم كالعشرة والمائتين، فان صدّقه فذلك، وان كذّبه، فقال المصنف لم يقبل دعواه يعني لايسمع هذه الدعوى ولايعمل بمقتضاه من البيّنة واليمين فانه دعوى اطلاع على باطنه وذلك ممّا لايمكن.

نعم له ان يدّعي عليه عشرة فيكون هو مدعياً عليه البيّنة، فالقول قول المقرّ مع يمينه ويمكن ان يدعي ارادة ذلك لوجود قرائن تدل عليه فكأنه يكون حينئذٍ مدعيا لوجودها فتأمّل.

ان قال) ويجيب دعوته (الى ان قال) ويسمت عطسته ويرشد ضالته ويرد سلامه الحديث.

ولو فسّر بالمستولدة قبل.

ولو قال: مال عظيم أو نفيس أو كثير أو جليل، أو خطير، أو مال أي مال، قبل تفسيره بالاقلّ.

قال في التذكرة: وحلف(١) المقرّ على انه ماأرادمائتين، وانه ليس عليه الا مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة وقال(٢) بعض الشافعية: لابد من يمينين، والمشهور الاول، فان نكل المقر حلف المقرّ له على استحقاق المائتين ولايحلف على الارادة لعدم امكان الاطلاع عليها(٣).

وهذا يشير بسماع الدعوى، ولكن لايمكن الحلف عليه، لانه لابد فيه من العلم، ويبعد العلم على الارادة، ويمكن كون المقصود هنا أيضاً ذلك على انه قد يعلم الارادة بالقرائن فيصح الحلف ان علم فتأمّل.

ولهذا قال في التذكرة: يصح حلف الوارث بعد موت المقر بعدم ارادة الزيادة اذا ادعاه المقرله وخصوصية الوارثيةلادخل لهاوان كانت الخلطةاكثرفتأمّل.

ولاينبغي النزاع في قبول تفسيره بام الولد، لانها مملوكة، وشيء، ومال، فيصحّ الاقرار بها.

قوله: «ولو قال: مال عظيم الخ» لعل دليل قبول التفسير في ذلك كلّه باقل مايتموّل، ماتقدم، وما قال في التذكرة: لو قال: له عليّ مال عظيم أو جليل(٤) أو مال وأيّ مال، قبل تفسيره بأقل مايتمول أيضاً كما قال(٥) (مال)

---

(١) صدره في التذكرة هكذا: وان قال: اراد به المائتين حلف المقر على انه ماارادمائتين الخ.

(٢) في التذكرة: وبه قال بعض الشافعيّة، وقال بعضهم لابد الخ.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة وزاد فيها بخلاف مااذا مات المقرّوفسر الوارث وادّعى المقرله زيادة فان الوارث يحلف على ارادة المورث لانه قد يطلع من حال مورثه مالايطلع عليه غيره (انتهى).

(٤) في التذكرة بعد جليل: او نفيس او خطير او غير تافه او مال الخ.

(٥) في التذكرة: مال لم يزد عليه.

....

لانه يحتمل أن يريدبه عظم خطره، بكفر مستحلّه ووزر غاصبه والجائر فيه، ولان أصل مايبنى عليه الاقرار، الأخذ بالمتيقن والترك لغيره، ولايعتبر الغلبة(١).وقال في(٢) موضع آخر: والأصل في ذلك انه ليس في العظيم حدّ في الشرع ولافي اللغة، ولافي العرف والناس مختلفون (يختلفون-التذكرة) في ذلك فبعضهم يستعظم القليل، وبعضهم لايستعظم الكثير فلم يثبت في ذلك حدّ يرجع اليه، ولافي اللغة، ولافي العرف قانون يعوّل عليه فيرجع المقر الى تفسيره وبيانه لأنه اعرف بمراده(٣).

ثم نقل الخلاف عن الشيخ في الكثير(٤) بأنه لو قال: له عليّ مال كثير يلزمه ثمانون، بناء على الرواية التي تضمّنت أن الوصيّة بالمال الكثير وصيّة بثمانين.

ولكن(٥) الرواية خلاف الأصل وما تقدم، ولم يثبت كون غزاة النبيّ صلّى الله عليه وآله ثمانين، وارادة ذلك بقوله (مواطن كثيرة)، وعلى تقديره لم يكن حجّة لاحتمال كون ذلك اتفاقاً ثمانين لانه موضوع له، فلا يدل على عدم اطلاقه على أقل من ذلك.

ونقل ان العامة قالوا: ان مواطنه كانت اثنين وسبعين، ولاشكّ في صدق الكثير على اقل من ذلك، فقال: «كم من فئةٍ قليلةٍ غلبت فئة كثيرة»(٦)، «واذكروا

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) المناسب ان يقول: (الى قوله) الأصل الخ لان هذه العبارة عقيب تلك العبارة بفصل اسطر في مسألة واحدة.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

(٤) في المبسوط: وان قال له عندي مال كثير كان ذلك اقراراً بثمانين على الرواية التي رويت فيمن اوصي بمال كثير انه ثمانون (انتهى).

(٥) لم نعثر على هذه الرواية كماسينبّه عليه الشارح قده أيضاً وانما وردت في النذر فراجع باب٣ من كتاب النذر من الوسائل ج١٦ ص١٨٦ فيه اربع روايات.

(٦) البقرة - ٢٤٩.

ولو قال اكثر من مال فلان (ممّا لفلان خ) الزم بقدره وبزيادة (أو زيادة خ) ويرجع فيها اليه.

اسمَ الله كثيراً(١)، قال في التذكرة(٢): وله امثال كثيرة في القرآن ان اقتصرت، واصحابنا التجأوا في ذلك الى الرواية وكانت المواطن عندهم ثمانين موطناً، اذا عرفت هذا فنقول: تقصر الرواية على ماوردت عليه، ويبقى الباقي على الاجمال.

وبالجملة ينبغي حفظ الضابط وعدم الخروج عنها الّا بدليل، فان كانت الرواية صحيحة، أو العمل بها في موردها مجمعاً عليه، والّا فيعمل فيه أيضاً بالضابطة فتأمل.

الّا أنّ الرواية مرسلة والإجماع غير معلوم.

ثم اعلم ان الرواية وردت في نذر المتوكّل(٣)، فالذي قدمناه من التذكرة أنها في الوصيّة محلّ التأمّل، لعلّها رواية اخرى وردت في الوصيّة، وعدم علمنا بها لايضرّ بمثل المصنف قدّس الله سرّه.

قوله: «ولوقال اكثر من مال فلان الخ» وجه الزامه بمثل مال فلان والزيادة، ظاهر، فان مقتضى الاقرار ذلك.

وكذا كون الرجوع في تفسير الزيادة اليه فيقبل بما فسّره به فانه بمنزلة (له

---

(١) الاحزاب - ٤١ والآية: ياايها الذين آمنوا اذكروا الله ذكراً كثيراً.

(٢) الاولى نقل عبارة التذكرة وهي هكذا: وقال الليث بن سعد: يلزمه اثنان وسبعون درهماً لان الله قال: «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته صلّى الله عليه وآله وسراياه اثنين وسبعين. وهو غلط لان ذلك ليس بحدّ لأقلّ الكثير، وانما وصف ذلك بالكثرة ولايمنع ذلك وقوع الاسم على مادون ذلك وقد قال الله تعالى: «كم من فئةٍ قليلةٍ غلبتْ فئة كثيرة»، وليس المراد ماذكره، وكذاقوله تعالى: «اذكروا الله ذكراكثيراً» ولم ينصرف الى ذلك وله امثال كثيرة في القرآن، واصحابنا التجأوا في ذلك الى الرواية وكانت المواطن ثمانين موطناً اذا عرفت هذا (الى آخر مانقله الشارح قده).

(٣) قد اشرنا الى انها أربع روايات، نعم في اثنين منها قصّة نذر المتوكل وفي اثنين منها لا تكون هذه القصّة فلاحظ ج١٦ من الوسائل ص١٨٦ باب٣ من كتاب النذر.

ويصدق لو ادعى ظن القلّة.

أو ادعى ارادة ان الدين اكثر بقاء من العين، أو ان الحلال اكثر بقاءً من الحرام.

ولو قال: كذا درهماً فعشرون:

عندي كذا). فعليه تفسيره فيجب القبول ولا يجوز الطلب باكثر.

وكذا قبول قوله في (انه ظنّ القلّة) فيقبل مقدار ماقال به والزيادة، لان المال قد يخفى، وقد يظن غيره قلّته فهو امر ممكن ويدعيه المقر وليس الالزام الّا بقوله ويقول: هذا قولي وارادتي، فيقبل لما تقدم.

وكذا دعواه ارادة ان الدين اكثر بقاءً من العين والحلال اكثر بقاءً من الحرام ومال فلان عين أو حرام، والاصل في ذلك كله ماتقدم من الضابطة فتذكرها.

قوله: «ولو قال: كذا درهماً فعشرون» الاقرار بـ(كذا) مثل الاقرار بـ(الشيء) المبهم، سواء كرره أم لا، ومع التكرار يحمل على التأكيد وسيجيء، فلو لم يأت بتمييزه يقبل تفسيره بما امكن، مثل تفسير الشيء، قاله في التذكرة.

واما مع التميّز الدرهم المنصوب، فقال: يلزمه عشرون درهماً، لأنّ أقلّ عدد مفرد يكون تمييزه منصوباً، هو عشرون و(كذا) كناية عنه.

وفيه تأمّل لأن (كذا) كلمة برأسها ويجوز كون تمييزها منصوباً مفرداً ولزمه درهم، ويؤيده ماتقدم من الضابطة، وينبغي القبول منه على تقدير دعواه وعدم الالزام باكثر من ذلك ان لم يقبل أو لم يكن يقبل او لم يمكن الاستعلام.

قال في التذكرة: لو قال: كذا درهماً لزمه درهم واحد وكان الدرهم منصوباً على التميز لا تفسير لما أبهم (ابهمه خ)(١)، وقال أبوحنيفة: يلزمه عشرون

---

(١) في التذكرة وقال بعض الكوفيين: انه منصوب على القطع، كأنه قطع ماابتدء به واقر بدرهم وبه ←

ولو جرّ فمأة.

ولو رفع فدرهم.

ولو قال: كذا كذا درهماً فاحد عشر.

درهماً، لانه اقل اسم عدد مفرد ينصب الدرهم المفسّر عقيبه، وهو جيّد ان كان المقر عارفاً بالعربيّة، والاقرب الاول لأنه المتيقن(١)، وفيه تأمّل لايخفى.

ولو جرّه فقال هنا بلزوم المائة، وجهه ان أقل عدد مفرد يكون تمييزه مجروراً هو المائة، وقال في التذكرة: وان جرّه لزمه بعض درهم وصار تقديره له عليّ جزء درهم أو بعض درهم ويرجع في تفسير قدره اليه، وتكون (كذا)(٢) كناية عن ذلك الجزء، وقال بعض اصحاب أبي حنيفة انه يلزمه مائة درهم، لأنه اقل عدد يضاف اسم العدد اليه وينجزيه وما ذكرناه أولى، لانه المتيقن، ولاينظر الى الاعراب في تفسير الالفاظ المبهمة(٣).

ولايحتاج الى هذا التنزيل، لأنه قد يكون المراد بـ(كذا) بعض الدرهم وجزء الدرهم فيكون تمييزه مجروراً، فالكناية مثل مايكنى عنه ويمكن صحّة هذا وان كان القائل من أهل العربيّة.

والوقف كالجرّ.

وان رفعه، قال في التذكرة: لزمه درهم واحد إجماعاً، والتقدير كذا هو درهم.

قوله: «ولو قال: كذا كذا درهماً فأحد عشر» وجه كونه احد عشر ان اقل عدد مركّب يكون تمييزه منصوباً، هو احد عشر، هذا للعارف بالإعراب.

قال الشافعي وقال أبوحنيفة الخ.

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) في عدّة نسخ (وكذا) تكون كناية الخ.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

(ولو قال خ) كذا وكذا درهماً احد وعشرون ان عرف.

والظاهر، الدرهم الواحد مطلقا كما لو قال: درهم، فانه يحتمل التأكيد كما مرّ.

قال في التذكرة: لو قال له: له عليّ كذا كذا فهو بمنزلة من لم يكرّر(١)، فان نصبه لزمه درهم لاغير. وقال أبوحنيفة يلزم أحد عشر، لأنه اقل عدد مركّب ينصب بعده التميزان كان عالماً بالعربيّة، والاجود ماقلنا تنزيلاً للاقرارات على المتيقن لاعلى المظنون(٢) ولو رفع كان لزمه واحد أيضاً وتقديره كذا كذا هو درهم، ولاخلاف فيه ولو جرّ لزمه بعض درهم، لاحتمال ان يكون قد اضاف جزءً الى جزءٍ ثم اضاف الجزء الآخر الى الدرهم فيصير كأنه قال: بعض بعض درهم، ويقبل تفسيره وكذا لو وقف(٣)، لاحتمال الجرّ.

ويحتمل في الوقف والجرّ كون كذا مضافاً الى درهم والثاني تأكيداً فاصلاً وتقدير درهم آخر بينهما كما قيل في تيم، تيم عدي، والحكم ماتقدم.

واما وجه كونه أحداً وعشرين اذا قال: كذا وكذا بالعطف، انه تميز أقل عدد مركب بالعطف، اذ لامعنى للتأكيد مع العطف، كذا لمن يعرف الاعراب، والظاهر هنا أيضاً مطلق الواحد.

قال في التذكرة: لو كرّر كذا مع العطف، فان رفع الدرهم لزمه درهم واحد، لأنه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهماً واحداً، فكأنه قال: درهماً درهماً، ولو نصب فالأقرب انه يلزمه درهم واحد أيضاً، لأنّ كذا يحتمل ان يكون أقلّ من درهم، فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز، وقال الشافعي يلزمه

(١) في التذكرة بعد قوله: لم يكرر: يلزمه درهم واحد ثم التقدير ان تقول: اما ان ينصب الدرهم او يرفعه او يجرّه أو يقف فان نصب لزمه درهم لاغير(الى ان قال): وقال أبو حنيفة: يلزمه احد وعشرون درهماً.

(٢) حيث اخرجت أصالة براءة الذمة عن اصلها ولو رفع الخ (التذكرة).

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

ويرجع الاطلاق إلى نقد البلد ووزنه وكيله، ومع التعدد الى مايفسّره، ويقبل تفسيره بغيره.

ويحمل الجمع على أقلّه وهو الثلاثة وان كان جمع كثرة.

درهمان (الى قوله): ولو جرّ الدرهم لزمه درهم عند بعض الشافعيّة، والحق انه يلزمه بعض الدرهم، والتقدير انه يلزمه شيء وبعض درهم، وكلاهما بعض(١).

والظاهر ان حال الوقف مثل حال الجرّ لأنه اقل وقد مرّ، فاكتفى بذلك.

ثم قال: لو قال: كذا وكذا وكذا درهماً، فان قلنا: إن كرّر مرّتين لزمه درهمان فهنا يلزمه ثلاثة، وان قلنا: يلزمه درهم فكذا هنا(٢)، والذي ينبغي العمل بالضابطة فتأمّل.

قوله: «ويرجع الاطلاق الى نقد البلد الخ» وجه رجوع الاقرار ـ اذا كان مطلقاً ـ الى نقد البلد ان كان نقداً، والى كيله ووزنه ان كان مكيلا أو موزوناً مع الوحدة وعدم تفسير المقرّبه، ظاهر.

كالرجوع الى تفسيره وقبول تفسيره بغير نقد البلد مع التعدد، ولايبعد القول مع الوحدة أيضاً، لأنه يمكن ان يراد غير المتعارف في البلد وان كان خلاف الظاهر لما تقدم، فتأمل.

قال في التذكرة(٣): يقبل مع كون التفسير أجود من نقد البلد أو مساوياً وان كان ناقصاً يحتمل القبول، وهو الأقوى.

قوله: «ويحمل الجمع على اقلّه الخ» ويحتمل القبول لو قال: أردت اثنين، لأنّ مذهب جماعة انه الأقلّ أو مجازاً والضابطة تقتضيه اختاره في التذكرة بل الواحد أيضاً بتأويلٍ، مثل كونه كثيراً (كبيراًخ) أوكثيرالنفع، فكأنه جمع، فتأمّل.

---

(١) (٣) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) منقول بالمعنى على نحو التلخيص فراجع البحث الرابع من كتاب اقرار التذكرة.

ولو قال: من واحد الى عشرة فتسعة.

ولو قال: درهم في عشرة ولم يرد الحساب فواحد.

والاقرار بالظرف ليس اقراراً بالمظروف و بالعكس.

قوله: «ولو قال من واحد الى عشرة الخ» وجه كونه حينئذٍ تسعة، خروج الابتداء عرفاً دون الانتهاء أو العكس، ويحتمل عدم خروج شيء، فيكون عشرة، فالظاهر خروجها فتكون الثمانية للضابط، اختاره في التذكرة.

قوله: «ولو قال: درهم في عشرة الخ» وجه كونه حينئذٍ واحداً من عشرة ظاهر، بل لو لم يعلم ارادة الضرب والحساب، فكذلك، نعم لو صرّح بالضرب والحساب وكان عالماً بذلك ولم يدع الجهل والنسيان يكون عشرة، والكل واضح بحمدالله.

ولو كان من اهل الحساب وقال ذلك، فان قال: ما اردت مصطلح الحساب بل ماتريد العامّة من كونه في عشرة فيكون واحداً، أو مع العشرة فيكون أحد عشر، يقبل منه لما تقدم قاله في التذكرة.

قوله: «والاقرار بالظرف ليس اقراراً بالمظروف وبالعكس» قال في التذكرة: الاقرار باحد الشيئين لايستلزم الاقرار بالآخر، والظرف والمظروف شيئان متغايران، فلا يلزم من الاقرار باحدهما الاقرار بالآخر، لأنّ الأصل، البناء على اليقين(١)، فلو قال: له عندي ثوب في منديل أو تمر في جراب، أو لبن في كوز، أو طعام في سفينة، أو دراهم في كيس، لم يدخل الظرف في الأقارير، لاحتمال أن يريد: في جراب لي، أو منديل لي(٢)، ولا تناقض لوضم هذه اللفظة الى الاقرار(٣).

---

(١) في التذكرة: فلا يلزم من الاقرار بالظرف الاقرار بالمظروف ولا بالعكس فلو قال الخ.

(٢) في التذكرة: واذا احتمل ذلك لم يلزمه من اقراره، المحتمل ولا تناقض.

(٣) في التذكرة: ولو كان اللفظ المطلق يدل على الاضافة الى المقرّله لزم التناقض مع التصريح بالاضافة الى المقرّ وكذا لو قال الخ.

....

وكذا لو قال: غصبته زيتاً في جرّة(١)، وثوباً في منديل لم يكن مقرّاً إلّا بغصب الزيت والثوب خاصّة دون الجرّة والمنديل(٢). وجهه ماتقدم.

ثم قال: ولو قال: له عندي غمد فيه سيف أوجرة فيهاماء(زيت- التذكرة) أو جراب فيه تمر، فهو اقرار بالظرف خاصّة(٣)، وكذا لو قال: غصبته فرساً في اصطبل(٤) أو غصبته دابة عليها سرج او زمام أو بغلة عليها برذعة(٥)، أما(٦) لو قال: غصبته عبداً على رأسه عمامة أو في وسطه منطقة أو في رجله خف فهو اقرار بها مع العبد، لأنّ للعبد يداً على ملبوسه، وما في يده، فهو في يد سيّده، فاذا (واذا خ) اقر بالعبد للغير كان مافي يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب الى الفرس ونحوه، فانه لايدلها على ماهو عليها(٧).

ويمكن ان يقال: لا تناقض لو قال: العمامة لي، فلو ادعى ذلك لايبعد قبوله(٨).

والتحقيق أنه يكون اقراراً بالعبد فقط، ويكون ماعليه تحت يد السيد فيحكم له بظاهر اليد ان ثبت أن ماهوتحت يدالعبد، تحت يد سيده فيصحّ للمقرّ دعواه

---

(١) والجرّة بالفتح اناء معروف من خزف (مجمع البحرين).

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) في التذكرة: دون المظروف للتغاير الذي قلناه وعدم الاستلزام بين الاقرار بالشيء والاقرار بغيره، ولصدق الاضافة الى المقر في المظروف ولوقال: غصبته الخ.

(٤) في التذكرة: فهو اقرار بالفرس خاصّة، ولوقال: غصبته دابّة الخ.

(٥) بالذال والدال، الحلس الذي يلقى تحت الرحل والجمع البراذع (مجمع البحرين).

(٦) في التذكرة: فهو اقرار بالدابّة والبغل خاصّة دون السرج والزمام والبرذعة اما لوقال: غصبته الخ.

(٧) الى هنا عبارة التذكرة.

(٨) عبارة التذكرة، ولهذا لو جائت بعبد وعليه عمامة وقال: هذا العبد لزيد كانت العمامة له أيضاً (انتهى).

ولو قال: له هذه الجارية فجاء بها حاملاً فالحمل له على اشكال.

ولو قال له: درهم درهم، أو درهم فوق درهم، أو مع درهم، أو تحت درهم، أو درهم فدرهم فواحد.

واثباته، بخلاف العبد فلا يكون اقراراً بما عليه، فتأمل.

هذا كلّه واضح الا انه وردت رواية في الوصيّة بالصندوق وفيه مال انه مع المال لمن اوصى له(١).

كأنها حسنة لعقبة بن خالد، واخرى ضعيفة لمفضل بن صالح(٢)، فتأمّل.

قوله: «ولو قال: له هذه الجارية الخ» يحتمل أن الحمل للمقرّ له، ويحتمل للمقر أيضاً كما يقتضيه سوق الكلام.

وجه الاشكال، كون الحمل داخلاً في (هذه الجارية) بمنزلة جزء لها، فيكون الحمل تابعاً وكونه غير صريح في ذلك، والاصل، والضابطة المتقدمة، فيكون غير داخل، فيكون للمقر، وهو الأظهر.

قوله: «ولو قال: له درهم درهم الخ» وجه لزوم الدرهم الواحد في الكلّ ظاهر ممّا تقدم الّا في الأخير، وهو (درهم فدرهم) فانه ظاهر في الا ثنين، لان الفاء للعطف كالواو وثم، ولكن الضابطة تقتضي الوحدة فيه أيضاً، لاحتمال عدم فهمه عدم جواز التأكيد بغير فاء، ومجيء فاء لغير العطف، وهو جار فيما تقدم من العطف فهناك أيضاً كونه واحداً احتمال قوي، ولأنه يحتمل ان يكون المراد،

---

(١) راجع الوسائل باب ٥٨ من كتاب الوصايا.

(٢) سند الأولى ـ كما في الكافي ـ هكذا: محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن علي بن عقبة، عن أبيه قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام وسند الثانية كما فيه أيضاً: محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد بن أبي نصر، عن ابي جيلة ـ المفضل بن صالح ـ عن الرضا عليه السلام.

ولو قال: درهم ودرهم أو ثم درهم، فاثنان.

ولو قال: درهم، ودرهم، ودرهم فثلاثة.

فدرهم واجب عليّ بسبب اقراري ونحو ذلك.

قال في التذكرة: ان اراد العطف، فدرهمان، وان لم يرد العطف لزمه درهم واحد (الى قوله): لان الفاء قد تستعمل لغير العطف فيؤخذ بالتعين.

قوله: «ولو قال: درهم ودرهم الخ» وجه كونه اثنين حينئذٍ هو عدم التأكيد مع الواو، وثم تدلّ على التكرار، ولكن قد علمت أنّ مقتضى الضابطة الواحدة، لاحتمال عدم المعرفة، ولاحتمال أن ثم درهم لازم عليّ، فتأمّل.

قوله: «ولو قال: درهم ودرهم أو ثمّ درهم الخ» وجه الثلاثة ان الواو للعطف، ولايكون للتأكيد فلا يكون الّا اقراراً فيلزم بكل لفظ، واحد، فلو كرّره مائة يكون المقربه مائة، كما انه لو كرّر بدون العطف مائة مرّة يكون واحداً الا انه لو قال: اردت بالثالث تأكيد الثاني يقبل قوله، فيكون اللازم درهمين، لاحتمال التأكيد اللفظي، فيكون الثالث مع العطف تأكيداً لفظياً، وهو ظاهر.

واما أنه لو قال: انه تأكيد للأوّل فليس بمقبول، لعدم التأكيد اللفظي ولاالمعنوي، وهو ظاهر كعدم قبول كون الثاني تأكيداً للأوّل، فسبب عدم القبول ليس وجود الفصل وعدم جواز التأكيد مع الفصل كما قاله بعض الشافعيّة نقله في التذكرة ثم قال: وكذا لو كرر بـ(ثمّ).

واما لو قال: ودرهم غير درهم فهو ثلاثة قطعاً، لعدم جواز التأكيد اللفظي مع المغايرة وظاهره انتفاء المعنوي.

واعلم انه اذا كان قوله: (اردت به تأكيد الثاني) مقبولاً ويلزمه حينئذٍ درهمان، ينبغي ان لايحكم بلزوم الثلاثة مطلقا، بل الدرهمين، لاحتمال ارادة تأكيد الثاني بالثالث فلا تعين بلزوم الثلاثة، فالضابطة تقتضي الدرهمين في مثله،

ولو قال: اردت بالثالث تأكيد الثاني قبل، ولو قال: اردت تأكيد الأول لم يقبل.

ولو كرّر الاقرار في وقتين فهما واحد الا ان يضيف الى سببين مختلفين.

وهو ظاهر بل درهماً، لما مرّ.

نعم لو قال: اردت تأكيد الأول وكان من أهل المعرفة وما ادّعى الجهل والنسيان، يمكن الزامه بالثلاثة والا فلا، فتأمل.

ثم في قول التذكرة أيضاً: ـوان قال: اردت به تكرير الثاني وتأكيده قبل ولزمه درهمان لاغير ويصدّق باليمين.ـ تأمّل واضح، لانه اذاقام الاحتمال المقبول ـوهو اخبر بقصده.ـ فمقتضى الضابطة وما تقدم في كلامه مراراً، يقتضي(١) عدم اليمين، بل يصدق بمجرّد قوله، بل يحمل عليه بمجرد الاحتمال وان كان نادراً بعيداً ولم يدّعه كما تقدم غير مرّة وقال هنا أيضاً.

والحق الأوّل اي تصديقه لو قال: تأكيداً للثاني، لأنه يحمل على التأكيد، وهو اخبر بلفظه، ولاشكّ ان اللفظ محتمل للتأكيد والاقرار فلا يثبت في ذمته بالتجويز والاحتمال ويحتمل ان يكون مراده اليمين مع دعوى المقرّله عدم ارادته التأكيد للثاني بل للعطف، فتأمّل.

قوله: «ولو كرّر الاقرار في وقتين الخ» وجه كون الاقرارين المتفقين في المقربه والمختلفين في الزمان واحداً ظاهر، وهو الأصل وعدم اليقين بالتعدد، فيكون تكراره لاقراره بشيء واحد مرّتين، وهو غير بعيد.

الا ان يضيف كل واحد الى سبب مغاير لسبب الآخر، بان يقول في الغداة: (له عليّ درهم لثمن تمر) وفي المساء: (له عليّ درهم لثمن ثوب) ونحو ذلك،

---

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطها ومطبوعها ولعل الصواب اسقاط لفظة (يقتضي) كما لايخفى.

ولو اضاف احدهما حمل المطلق عليه.

ويدخل الاقل تحت الأكثر.

ولو قال: له عبد عليه عمامة فهو اقرار بهما بخلاف دابّة عليها سرج.

ولو قال: (له خ): الف ودرهم رجع في تفسير الالف اليه.

ولو قال: خمسة عشر درهماً.

أو ألف ومأة وخمسة وعشرون درهماً، أو الف ومأة درهم، أو الف وثلاثة دراهم فالجميع دراهم.

فانه يلزمه الدرهمان للصراحة.

واما لو اضاف احديهما فقط فقال في المساء: (له عليّ درهم) فيجوز ارادته الدرهم الأوّل الذي لزمه بسبب شراء تمر، فيحمل عليه، لما مرّ، وهو ظاهر.

وكذا دخول الأقل تحت الأكثر بان يقول: له عليّ عشرة دراهم، ثم قال: له علي خمسة وبالعكس، لما تقدم من الأصل وجواز التداخل، فلا يتيقن التعدد.

قوله: «ولو قال: له عبد الخ» قد مرّ الفرق بين العبد والدابة فتذكّر.

قوله: «ولو قال: الف ودرهم الخ» وجهه ظاهر، اذ ماعلم من كلامه هذا كون الالف، درهماً ولاغيره، اذ يصح ضم ايّ شيء اريد بالالف، مثل الف ثوب ودرهم، ودابّة وغير ذلك.

اما لو قال: خمسة عشر درهماً فالظاهر ان كلّه دراهم، لان خمسة عشر مركّب عدديّ، ودرهماً مميّز (تمييز خ) المجموع، وهو المفهوم عرفاً ولغة كما بيّن في قواعد العربيّة.

وكذا لو قال: الف مائة وخمسة وعشرون درهماً، أو ألف ومائة درهم، أو ألف وثلاثة دراهم، فان الجميع يلزم ان يكون دراهم لما تقدم.

ولو قال: درهم ونصف رجع في تفسير النصف اليه.

ولو قال: له هذا الثوب أو (هذا خ) العبد، فان عيّن قبل ولو انكر المقر له حلف وانتزع الحاكم ماأقرّ به أو جعله (في يد خ) أمانة.

ولو قال: له في هذه الدار مأة رجع في تفسير المأة اليه(١).

هذا ظاهر كلامه، وفيه تأمّل بجواز تمييز ألف ومائةوخمسة بغير درهم، ولهذا يصح ان يقال: ألف ثوب، ومائة غنم، وخمسة عبيد وعشرون درهماً، وكذا ألف ثوب، ومائة دراهم، وألف ثوب وثلاثة دراهم فلا يظهر كون الكلّ دراهم، بل الأخيرة فقط، نعم المتبادر ذلك.

ولكن قد مرّ أن الاحتمال البعيد النادر يصار اليه (مصار اليه خ)، ومقبول، فلا يتعين، فتأمل.

ويؤيده قوله: أو قال (درهم ونصف رجع في تفسير النصف اليه) مع ان المتبادر ان المراد نصف درهم فتأمل.

قوله: «ولو قال: له هذا الثوب الخ» معلوم ان هذا اقرار مجمل لايمكن الحكم عليه فيلزم عليه التعيين، فان أبى حبس حتى يعيّن، فان عيّن وقبل المقرّله، فلا كلام، وان انكر وادعى الآخر، حلف المقر، بعدم قصده ذلك أو عدم استحقاقه له، وانتزاع الحاكم ماأقرّبه عن يده لو جعله امانة عنده كما تقدم.

قوله: «ولو قال: له في هذه الدار الخ» كون الرجوع الى المقرّ في تفسير المائةبانه دينار أو درهم ظاهر قيل، وكذا في ارادة معنى ظرفيّة الدار التي في يده للمائة بأي معنى كان وما فسّر ويحتمله اللفظ.

---

(١) في النسخة المطبوعة بعد قوله (اليه): بانه دينار أو درهم ولكن ليست هذه الجملة في النسخ المخطوطة التي عندنا من الارشاد وهي ثلاث نسخ.

والاقرار بالولد ليس اقراراً بزوجيّة أمّه (الام خ).

«البحث الثاني في الاقرار بالنسب»

ويشترط فيه اهليّة المقر.

وتصديق المقرّ له ان كان غير الابن أو كان ابناً بالغاً.

وان لايكذبه الحسّ، ولاالشرع ولامنازع له في الاقرار بالولد.

فلو اقرّ بمن هو اكبر سناً.

قوله: «والاقرار بالولد ليس اقراراً بزوجيّة امه» وجه عدم كون الاقرار بالولد اقراراً بزوجيّة امه، ظاهر، اذ قد يكون حاصلاً بالشبهة أو تكون أمةً، أو حصل باباحة المالك وكان ذكر هذه في الاقرار بالنسب أولى فتأمل.

«البحث الثاني في الاقرار بالنسب»

قوله: «ويشترط فيه أهليّة المقر الخ» يشترط في صحّة الاقرار بالنسب كون المقر متصفاً بما مرّ في الاقرار بالمال حتى يكون هو اهلاً له.

ويزيد عليها اشتراط تصديق المقرّ له، المقرّ في اقراره اذا كان الاقرار بغير الولد الغير البالغ، فان كان طفلاً لايحتاج الى التصديق.

ولعلّ دليله، الإجماع وعموم أدلّة الاقرار(١) مع عدم امكان اعتبار تصديقه.

واشتراط ان لايكذبه العقل ولاالشرع، وان لايكون من تنازعه في ذلك بان يقول: ولدي.

فلو اقرّ بمن هو اكبر سناً منه أو مساوياً أو أقل، -ولكن لايمكن كونه ولداً له

---

(١) الظاهر ارادة الأدلّة التي قاله الشارح قده في أوّل كتاب الاقرار كتاباً وسنة وإجماعاً فراجع.

أو بمشهور النسب أو لم يصدّقه البالغ او نازعه آخر لم يقبل (اقراره خ).

أو دعوى ولدية من كان بعيداً عنه بحيث لايمكن فرض حصوله عنه، وغيره ممّا يكذبه العقل والحس ـ لايقبل منه هذا الاقرار، بل يرد ويكذب.

وكذا ان اقرّ بولديّة من حكم الشارع بكونه ولداً لغيره لشهرة نسبه أو شهادة العدلين او علم الحاكم به، أو يكون بالغاً وكذّبه، أو نازعه آخر في كونه ولداً له ـ فلم يقبل في ذلك كلّه، بل ينفى عنه الّا في الأخيرين، فانه يمكن ان يثبته شرعاً ولو بالقرعة في الأخير.

الظاهر عدم الفرق ـ في ذلك كلّه ـ بين الذكر والانثى، ملحقاً كان، أو كان ملحقاً به، ولابين كونه رشيداً وعدمه، ومراهقاً وعدمه، وبين تكذيب الأمّ بان تقول: ليس لك، بل لغيرك وعدمه ذكر في التذكرة.

وتنظّر في القواعد في ثبوت النسب باقرار الأمّ.

وادّعى الشيخ (الشارح خ) الإجماع في الأب، وعدم الدليل في الأم فيبقى على حاله، وهو عدم الثبوت بل الالزام(١) باقرارها، بالنسبة اليهافقط.

والعقل لم يجد الفرق، بل يحكم في الأمّ بالطريق الأولى فتأمّل.

واما اعتبار التصديق فيما اعتبر، فهو المشهور بحيث لايعرف الخلاف، فكأنه مجمع عليه والعقل يساعده، لان الحكم على شخص باقرار آخر مع أهليته للتصديق والتكذيب مع تصديقه، مخالف للعقل والنقل.

نعم يلزم المقر بمقتضى اقراره، لدليل الاقرار، فلو كان بنتاً لايجوز له تزويجها وتملكها وغير ذلك.

ثم اعلم ان مقتضى كلامهم انه اذا ثبت النسب بين المقر والطفل، ثبت

---

(١) يعني يثبت باقرار الام الالزام بالنسب اليها فقط لامطلقا.

ولو استلحق مجهولاً بالغاً وصدقه قبل.

نسبه مثل الفراش، فيكون اب المقرّ جداً، وامه جدّة واخوته واخواته اعماماً وعملات، وولده اخوة واخوات، فلو رجع لم يقبل ولايسمع تكذيب الولد بعد البلوغ، ولاينفع تكذيب احد منهم ذلك.

قال في التذكرة: اذا اقرّ بالولد وحصلت الشرائط ثبت النسب بينه وبين الولد، وكذا بين الولد وكل من ثبت بينه وبين الولد المشهور.

ثم قال: ولايكفي(١) السكوت في الولد البالغ وعدم التكذيب، بل لابدّ من التصديق.

وانه(٢) لو رجعا بعده يحتمل بطلان النسب، ـ اذ ماثبت الا بالاقرار وقد رجعا ـ مثل مامرّ في المال.

وعدمه، فانه حكم بالنسب فصار الاقرار كالفراش فلا ينتفي بالنفي والاجتماع على ذلك، ولعلّه الأولى والأنسب وقرّبه في التذكرة.

وقال أيضاً : لااعتبار بتصديقه حالة الصغر فلو استلحق صغيراً فلما بلغ كذّبه فالأقرب أنه لااعتبار بالتكذيب ولايندفع النسب (الى قوله) وهو أظهر وجهي الشافعي.

وعلى مااخترناه لو أراد المقرّ به تحليفه ينبغي أن لايمكّن منه، لأنه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه ولو(٣) استلحق مجنوناً فافاق فانكر، فالاقرب انه كالصغير آه فتأمّل.

قوله: «ولو استلحق مجهولاً الخ» اشارة الى اعتبار التصديق في الاقرار

---

(١) عبارة التذكرة هكذا: فلو اقر ببنوّة البالغ فسكت البالغ لم يثبت النسب ولم يكن كافياً في الالتحاق، بل يعتبر ان يصدقه (انتهى).

(٢) عطف على قوله قده: انه اذا ثبت النسب الخ.

(٣) اما لو استلحق مجنوناً الخ (التذكرة).

ولو كان صغيراً لحق في الحال، ولايقبل انكاره بعد بلوغه.

ولو اقرّ ببنوّة الميّت قبل، صغيراً كان أو كبيراً ولا يعتبر التصديق وكذا لايعتبر لو اقرّ ببنوّة المجنون.

ولو اقرّ بغير الولد افتقر الى البيّنة او التصديق.

بالولد البالغ، وذلك يقبل مع الشرائط، مثل كونهما بالغين عاقلين رشيدين وظاهر حينئذٍ ثبوت النسب مطلقا فتأمّل.

ويفهم التردد من شرح القواعد، ونقل عن الشيخ انه يتعدى التوارث الى اولادهما فقط، وقال: في الفرق تأمّل.

ولو كان المستلحق ولداً صغيراً الحق في الحال، ولايتوقف الى ان يبلغ ويصدّق، بل لايقبل تكذيبه بعد البلوغ والرشد كما مرّ.

قوله: «ولو اقرّ ببنوّة الميّت الخ» لايعتبر التصديق المعتبر في البالغ الرشيد فانه انما كان معتبراً مع الامكان وهنا ليس بممكن فصار كالطفل والمجنون البالغ.

وفي الكبير تأمّل والإجماع نقل في الصغير وليس بمعلوم في الكبير الميّت خصوصاً مع التهمة لوجود الارث، ومع المنازع مثل أخ فتأمّل.

قوله: «وكذا لايعتبر لو اقرّ ببنوّة المجنون الخ» اذ لااعتبار بكلامه فكأنه طفل.

قال في شرح القواعد: ولاخلاف في ذلك، وانكاره بعد الافاقة كانكار الصبي بعد البلوغ ان ثبت الاجماع فهو والا ففيه تأمّل، وقال في حاشيته على الكتاب: لو بلغ المجنون عاقلاً ثم طرأ جنونه فعدم القبول فيه ارجح، وفي الفرق تأمل.

قوله: «ولو اقر بغير الولد الخ» اي لابدّ لثبوت النسب ـ بين المقرّ والمقرّبه اذا لم يكن ولداً ـ من البيّنة الشرعيّة.

واذا صدّقه توارثا، ولايتعدّى التوارث.

ولو كان له ورثة مشهورون لم يقبل في النسب.

والظاهر انه يكفي الشياع عنده أيضاً على ماهو المشهور بينهم من غير ظهور مخالف فاكتفى في مثل هذا المقام بالظهور، فيكون الحصر المفهوم هنا، وصريحاً(١) في غيره ـ مثل القواعد ـ اضافياً بالنسبة الى رجل ويمين أو فاسقين وغير ذلك وامثاله كثيرة مثل أنهم يقولون ـ في بحث الصوم ـ: لايثبت الهلال الا بعدلين، ويعدّونه فيما يثبت بالشياع.

واجاب في شرح الشرايع: بانه يمكن ان يثبت بالشياع مع عدم المنازعة (المنازع خ)، ومعه بالعدلين فقط.

وهو غير واضح، فان الشياع ان كان حجّة يثبت بها دائماً، والا فلا، ولو كانت المسألة مجرّدة كان اجر العبارة هيّناً فتأمل.

ويكفي التصديق في ثبوت التوارث بينهما، ولايفيد ثبوت النسب، بل التوارث أيضاً بينهما وبين غيرهما، واليه اشار بقوله: (ولايتعدى الى آخر)، ومحصل قوله: فلو كان له ورثة آه راجع الى عدم تعدي ا لتوارث، فهو تأكيد وزيادة بيان لقوله: (ولايتعدى) فتأمّل.

فلو كان لهم ورثة مشهورون يعتبر في ثبوته بينهم أيضاً التصديق من الطرفين كالأوّلين، لان حاصله تصديق الأوّلين في حقهم ولايقبل الا في حق انفسهم، بل القبول للتوارث أيضاً في حق الغير في الجملة الا انه لزم من القبول حال حياتهم بالنسبة الى انفسهم ولايمكن ردّه بعده، فتأمّل.

وهذا القول أيضاً يشعر بثبوت التوارث والنسب في الولد البالغ الرشيد مع

---

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطها ومطبوعها ولعل الاولى: (والصريح) مع اللام عطفاً على لفظة (المفهوم).

ولو اقرّ ولـد الميّت بآخر، ثم أقـرّ بثالـث فانكر الـثالث الـثاني، فللثالث، النصف، وللثاني، السدس، وللأول، الثلث.

ولو مات الثالث عن ابن مقر دفع السدس الى الثاني.

ولو كان الأوّلان معلومي الـنسب لم يلتفت الى انكـار الثالث وكان المال اثلا ثاً.

ولو اقرت الـزوجة مع الاخوة بـابن، فان صدّقهـا الأخوة، فللولد سبعة الأثمان، والا، الثمن.

التصديق، وكذا عدم قبول الرجوع، فتأمّل.

ولافرق في غير الولد بين الاقرار بالأب والام والأخ وغيرهم.

قوله: «ولو اقر ولـد الميّت الخ» يعني اذا مات شخص ولـه ولد مـعلوم، فاقر الـولد بولد آخـر للمـيّت ثمّ أقرّ كـلاهما بولد ثالث له، لاشـكّ انه يثبت الارث لـه، بـل يثبت نسبـه ان كـانـا عدلين، فان لم ينكـر هـو احدهما (في انه ولد خ) بل صدقهما في انه ولدوهما أيضاً كـذلك يكون المال بينهم اثلا ثاً مع عدم وارث آخر والاّ فللورثة، وان كذبهما لايسمع تكذيبه، الأول، لفرض ثبوت نسبه، فهو كانكار الثاني له فللثالث، الـنصف، اذ لاوارث غيره، وغير الاول بالنسبة اليه، ويدفع الاول الى الثاني، السدس لثبوت وراثته بالنسبة اليه باقراره، فيدفع الفاضل اليه.

ويحتمـل قسمـة النصف بينهما، لان بقراره، وهومتساو(مساو خ)معه، فتأمّل

ولو مات الثالث عن ابـن ـ أو غيره من الوارث ـ مقرٍبهما، يدفع السدس الى الثاني أو اليهما فيقسّمان بينهما كالنصف.

ولـو كان الثاني أيضاً معـلوم النسب الثابت كـالأوّل لم يـلتفت الى انكار الثالث له، بل يقسم المال بينهم اثلا ثاً، وهو واضح.

قوله: «ولـو اقرت الـزوجة بـابن الخ» لو اقرت زوجـة الميّـت ـ الذي له

وكل وارث أقرّ بأولى منه دفع ما في يده اليه.

وان كان مثله دفع بنسبة نصيبه.

ولايثبت النسب الا بشهادة العدلين.

ولو شهد الاخوان بابن للميّت وكانا عدلين يثبت (ثبت خ) النسب والميراث ولادور.

اخوة معلومة ـ بابن له، فان صدقها اخوة الميّت، فللولد سبعة اثمان مال الميّت، والثمن للزوجة كملاً وهو ظاهر، وان لم يصدقها، فثلاثة ارباعٍ للأخوة والربع الآخر للزوجة، لاقرار الاخوة بعدم الولدفنصفه ـوهوالثمن ـللولدلاقرارها، ونصفه الآخرللزوجة.

ويحتمل ان يكون له سبعة اثمان الربع ولها ثمن الآخر، لان بلقرارها، لها سبع ماللولد المقرّبه، اذ مافي يدها مال الميّت وهو مشترك ولم يتعيّن لها ثمن جميع المال منه بل ولم يتعيّن لها ثمن مافي يدها، هذا أيضاً واضح.

قوله: «وكل وارث اقرّ الخ» وجه دفع جميع مافي يد المقر الى من هو أولى بالميّت منه باقراره، ظاهر، وكذا بالنسبة الى نصيبه لو أقربمن هو مثله في كونه وارثاً، فلو كان المقر بنتاً والمقربه ابنا للميّت تدفع اليه ثلثي مافي يدها، لأنه قد ثبت باقرارها أن كلّ ماهو للميّت، بينها، وبين أخيها اثلاث (اثلاثا خ) هذا اذا لم يكن وارث آخر غيرهما.

واما مع وجود بنت أخرى مثلاً منكرة له فظاهر المتن أنه مثل الأوّل، تعطي المقر نصف مافي يدها، وعلى الاحتمال الذي ذكرناه سابقاً ثلثاه.

قوله: «ولايثبت النسب الا بشهادة العدلين» قد مرّ البحث فيه، وان المراد ان الحصر اضافي، لانه سيصرّح بثبوت النسب بالشياع، فالمراد لايثبت بالنساء، ولابرجل ويمين، ولابه وبامرأتين ونحو ذلك فتأمّل.

قوله: «ولو شهد الأخوان الخ» لاشك في ثبوت نسب الابن بشهادة

ولو كانا فاسقين اخذ الميراث ولم يثبت النسب.

ولو أقرّ باثنين أولى منه دفعة فصدقه كلّ واحد عن نفسه لم يثبت النسب ويثبت الميراث وان تناكرا بينهما.

الاخوين العدلين، وثبوت الارث له لدليل قبول شهادة العدلين، ومعلوم عدم الدور هنا، اذ لايتوقف قبول قولهما على كونهما اخاً له ووارثاً للميّت، لان قبول قولهما للشهادة، لاللاقرار الموقوف على كونهما وارثين وشهادة العدلين مقبولة مطلقا وان توقف ثبوت بنوّته ووراثته على شهادتهما.

بل وان قلنا: ان قبول قولهما لاقرارهما وكونهما وارثين أيضاً، لادور لانّ الشرط كونهما وارثين ظاهر، ومع قطع النظر، عن اقرارهما، بل يكفي كونهما صاحبا يد في الجملة على مال الميّت وهو ظاهر.

فلا يرد ان قبول قولهما فرع كونهما وارثين، وقد يلزم عدمه لو قبل قولهما، فلو قبل قولهما لزم عدم قبول قولهما وعدم كونهما وارثين، وهو المراد بالدور هنا، وهو ظاهر.

والغرض الاشارة الى ماتوهم بعض العامّة من الدور، وهو مدفوع بما تقدم.

ولهذا يثبت الميراث للولد لو كانا فاسقين، ولايثبت النسب، فلو أخر (ولادور) لكان أولى فان توهّم الدورية حينئذٍ اظهر، لان القبول لكونه اقراراً، ووارثاً فتأمّل.

قوله: «ولو أقر باثنين أولى منه الخ» لو أقرّ وارث ظاهر باثنين أولى منه دفعة واحدة ـ بان كان أخاً ـ وصدّق بولدين للميّت ـ وصدقه كل منهما عن نفسه فقط، لم يثبت النسب لشاهد واحد ويثبت الميراث بينهما مع انه لم يصدّق احدهما الآخر، بل كذّبه، لانه يثبت الارث لهما سواء، بقول وارث ظاهر وصاحب يد ظاهرة ولا ترجيح لاحدهما على الآخر.

ولو اقرّ بوارث أولى منه، ثم باولى منهما، فان صدّقه الأوّل دفع المال الى الثاني والا الى الاول وغرم للثاني، ولو اقرّ بمساو للأول، فان صدقه تشاركا والا غرم للثاني نصف التركة.

قوله: «ولو أقر بوارث اولى منه الخ» مثل عم الميّت أقر بأخ له ثم بابن له، فان صدّقه المقرّ له الأول في الثاني دفع المال اليه ولايثبت النسب ولاغرامة، وان كذّبه يدفع المال الى الأوّل ويغرم للثاني، وان اقر بأخ آخر مثلاً فان صدّقه الأول شاركه والا غرم للثاني نصف المال بعد دفعه الى الأوّل.

وجه ذلك كلّه،الالزام باقراره وعدم لزوم شيء على غيره باقراره.

وفيه تأمّل، اذ ليس قوله: (هذا أخ أو ابن) ان المال له وانه الوارث فقط ولاوارث غيره مشاركاً ومقدماً، فالزامه مشكل، اذ قد يقول: انه أخ ونعرف ان له آخر (اخ-خ) أو ابن وغير ذلك، فقوله: هذا أخ ليس بصريح في الاقرار بان المال له فقط حتى يلزم باقراره.

وقد مرّ في الاقرار بالمال وذكروا في الوكالة أيضاً مثله، انه لو أقر بكون المال للميّت وقال: لاوارث له غيره لم يلزم بتسليم العين لاحتمال وارث آخر فلا يلزمونه هناك وهنا ينبغي بالطريق الأولى.

على انه قد يكون نسي أو لم يعلم، ثم ثبت عنده الآخر مشاركاً، او أولى.

وبالجملة قاعدة الاقرار التي هي الأخذ باليقين دون الاحتمال والجواز، تؤيّد الشبهة هنا، فتأمّل.

نعم يمكن الغرم لو أقرّ وسلّم المال خصوصاً اذا قال لاوارث له غيره.

ويمكن حمل عبارات الاصحاب عليه، قال في القواعد: ويغرم ان نفى وارثاً غيره والا فاشكال، وللمحقق الشيخ عليّ هناك (١) تحقيق، ولنا أيضاً تحقيق

---

(١) راجع جامع المقاصد ج١ ص ٥٦٤ في ذيل شرح قول المصنف ره: لو اقر الوارث من قوله ره ←

ولو اقرّ بزوج لذات الولد اعطاه ربع نصيبه، والا النصف.

فان اقرّ بآخر، لم يقبل.

ولو اكذب اقراره الأوّل اغرم للثاني.

ولو أقرّ بزوجة لذي الولد اعطاها الثمن، والا الربع.

فان اقرّ بثانية وكذّبته الأولى غرم نصف السهم.

فان أقرّ بثالثة غرم لها ثلث السهم.

فان اقرّ برابعة غرم الربع.

فارجع اليه.

قوله: «ولو اقر بزوج لذات الولد الخ» اي لو أقرّ وارث الميّت ذات الولد بالفعل كالولد واحد الابوين، بزوج لها اعطاه المقر، الزوج ربع نصيبه، وان اقر الوارث غير الولد بزوج لها ولم يكن لها ولد اعطاه نصف نصيبه.

فان اقر بزوج آخر لم يقبل اقراره لعدم امكان الزوجين الوارثين لزوجة واحدة.

ولو اكذب المقر اقراره الأوّل، وقال: انّما الزوج هو الثاني فيغرم للثاني مااعطاه الأوّل وهو ظاهر، ولو اقر بما تقرر عندهم من الأقارير، فتأمّل.

ولو اقر وارث لميّت ذي ولد اعطى المقرّ الزوجة ثمن مافي يده، وان لم يكن له ولد اعطاها ربعه.

فان اقر بزوجة ثانية له، فان صدقته الأُولى قسم الربع أو الثمن بينهما، وان كذبته غرم لها نصف السهم أي الثمن أو الربع، ولااعتبار بتكذيب الثانية في الاقرار الاول لسبقه.

فاذا اقرّ بثالثة وكذبته الثانية غرم لها ثلث الثمن أو الربع.

فان اقرّ برابعة غرم ربع الثمن أو ربع الربع لها.

والتحقيق في المسألتين الخ والكلام طويل فلاحظ، وأما تحقيق الشارح قده فلم نعثره عليه.

ولو اقرّ بهن دفعة أو صدقته كان السهم بينهن ارباعاً ولاغرم.

ولو اقرّ بخامسة لم يقبل.

ولو انكر احدى من اقر بها لم يلتفت وغرم لها ربع الحصّة.

ولو ولدت أمته فاقرّ ببنوّته لحق به ان لم يكن لها زوج.

ولو اقرّ بابن احدي امتيه وعيّنه لحق به، فان ارغت الاخرى ان ولدها، المقرّ به حلف لها.

ولو مات قبل التعيين او بعده واشتبه، فالوجه القرعة.

ولو اقر بهن دفعة واحدة من غير ترتيب أو صدّقهن المقر كان الثمن (او الربع خ) بينهنّ أرباعاً ولاغرامة على المقر، وهو ظاهر، وفي الغرم، البحث المتقدم فتذكر وتأمل.

ولو اقر بخامسة لم يقبل، كالزوج الثاني، ويمكن ان يستفصل هنا لاحتمال الامكان كما في نكاح المريض، فان فسّر به قبل زواله، والا فلا، فتأمّل.

ولو انكر احدى من اقرّبها أوّلاً واثبت بدلها الخامسة، لم يلتفت الى انكاره ويغرم للخامسة ربع الربع أو ربع الثمن، لإقراره.

قوله: «ولو ولدت امته الخ» هذا مبنيّ على ان ولد الأمة لم يلحق مالم يقرّ، فاذا ولدت امته الخالية عمن يدخل عليها حلالاً فاقر بولديّة من ولدته ـ مع امكان كونه منه ـ لحق به، لامكانه وعدم المانع الشرعي والعقليّ، فيؤخذ باقراره ويثبت النسب، فانه ليس باقل من اقراره بولديّة طفل مجهول، ومعلوم عدم اللحوق مع انتفاء احد القيود، فتأمّل.

قوله: «ولو اقر بابن احدى امتيه الخ» المراد ماتقدم وذكره للاحتمال وليتفرع عليه قوله: (فان ادّعت الاخرى أن ولدها، المقربه حلف لها) المولى.

ولو مات المولى بعد الاقرار بولديّة ولد احدى امتيه مجملاً قبل ان يعيّن، أو

ولو اقرّ بشخص فانكر المقرّ له نسب المقرّ استحقّ الجميع وافتقر المقر الى البيّنة.

واذا تعارف اثنان بما يوجب التوارث، توارثا مع الجهل بنسبهما ولم يكلّفا البيّنة.

بعد ان عيّنه لكن اشتبه المعيّن بعد ذلك فالوجه ان يقرع، لأنه امر مشكل، والكبرى ثابتة عندهم، ويحتمل شركتهما في حصّة المقربه من الارث وعدم ثبوت نسب واحد بعينه، والايقاف حتى يصطلحا، فتأمّل.

قوله: «ولو اقر لشخص فانكر الخ» أي لو أقرّ شخص لشخص بكونه وارثاً لميّت، فانكر المقرّله نصيب المقر استحق المقرله جميع تركة الميّت وافتقر المقر الى البيّنة وما ثبت به نسبه اليه حتى يأخذ المال ويثبت النسب.

هذا اذا لم يكن الاول معلوم النسب وثابتاً نسبه اليه.

وهذا يدل على عدم الدور فيما تقدم حيث علم ان قبول الاقرار لم يتوقف على ثبوت نسب المقر، وكونه وارثاً، بل تكفي اليد كما اشرنا اليه.

قوله: «واذا تعارف اثنان الخ» اي لو عرّف اثنان ان احدهما اخ الآخر مثلاً وتصادقا توارثا اي يرث احدهما الآخر مع جهل الحاكم وسائر الناس بنسبهما، بل يثبت التوارث في انسابهما أيضاً لحملها على الصدق والصحيح مع الاحتمال وعدم ظهور الخلاف والمنازع فيقسم الحاكم مال احدهما في الآخر وورثته ولم يكلف احدهما بالبيّنة وهو أيضاً ظاهر.

وكان ينبغي ذكر الاقرار بغير المال والنسب أيضاً مثل الزنا وسائر الحدود، فكأنهم تركوه، لانه يعلم من ذكر الاقرار بالمال وقد ذكر بعض احكامه في ابوابه أيضاً.

* * *

«المطلب الثاني في تعقيب الاقرار بالمنافي»

اذا قال: له على الف من ثمن خمر اومبيع هلك قبل قبضه او ثمن مبيع فاسد او ثمن مبيع لم اقبضه، أو لايلزمني أو قضيته، لزمه.

قوله: «المطلب الثاني في تعقيب الاقرار بالمنافي الخ» تعقيب الاقرار بالمنافي ان كان لم يبطله بالكليّة وكان متصلاً به عرفاً من غير فصل ولاسكوت طويل فهو مقبول فيلزمه مابقي بعد المنافي كالاستثناء المتصل عرفاً وان ابطله بالكليّة او بعضه مع الفصل الخارج عن العرف فلا يقبل المنافي، بل يلزمه جميع ماأقرّبه.

كأنه لاخلاف أيضاً الا في الاستثناء، بناء على ماروي، عن ابن عباس تجويزه الى شهر او اربعين يوماً(١).

على انه قد اوّل ذلك على تقدير حجيّة قوله، فتأمل.

وكذا قوله صلّى الله عليه وآله: (ان شاء الله) وان ابطل كلّه مع عدم الفصل المذكور. فظاهر كلامهم عدم القبول المنافي والزامه بجميع ماأقرّبه مطلقا مثل قوله: (له عليّ الف من ثمن خمر).

قال في التذكرة: اذا قال: (لفلان عليّ الف من ثمن خمر أو خنزير أو كلب)فان فصل بين الاقرار ـ وهو قوله: (عليّ الف) وبين الرافع، وهو قوله: (من ثمن خمر أو خنزير) ـ بسكوت او كلام آخر ـ لم يسمع منه ولزمه الالف إجماعاً، لان وصفه بذلك رجوع عن الاقرار وان كان موصولاً بحيث لايقع بين الاقرار ورافعه سكون ولا كلام، لم يقبل أيضاً ولزمه الألف، لما فيه من الرجوع والتناقض الخ(٢).

---

(١) لم نعثر على هذه الرواية في كتب الاحاديث من العامة والخاصة، نعم نقله العلامة رحمه الله في التذكرة في كتاب الاقرار اجمالاً في فصل تعقيب الاقرار بما يرفعه ج٢ ص١٦٣.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة ج٢ ص١٦٦.

....

فيه تأمل، لما تقدم من قاعدة الاقرار، اقد ذكرها فيها مراراً، وهي انه مبني على اليقين فكلما لم يتيقن لم يلزم بشيء ولايخرج عنه بالظن وغيره ويسمع فيه الاحتمال وان كان نادراً، ولاشكّ انه هنا محلّ اعتقاده بلزوم الثمن بمتابعة هذه الاشياء كاعتقاده صحّة ذلك مطلقاً أو اذا كان الشراء من الكافر أو لزوم ذلك اذا كان في زمان الكفر ونحو ذلك.

وبالجملة ـ مع امكان احتمال لايلزمه ولايصير الكلام لغواً محضاً ومتناقضاً بحسب اعتقاده ـ يشكل الحكم باللزوم بمجرد ماتقدم، للأصل والقاعدة.

ولهذا قال في التذكرة ـ نقلاً عن بعض الشافعيّة ـ: لو قال: لفلان عليّ من ثمن الخمر ألف، لم يلزمه شيء بحال، ولم يرده الا ان يكون لدليلٍ من إجماع ونحوه، فتأمّل.

ويؤيده نقل الإجماع في صورة الفصل الخارج عن العادة وعدمه مع الوصل.

وما نقل أيضاً في التذكرة، عن الجويني(١): كنت اودّ، لو فصل بين ان يكون المقر جاهلاً بان ثمن الخمر لايلزم وبين ان يكون عالماً فيعذر الجاهل دون العالم، ولكن لم يصر اليه احد من الشافعية(٢) فتأمّل.

وكذا الكلام في تعقيبه بسائر ماينتظم الكلام، لكنه يبطل حكمه شرعاً.

قال في التذكرة: اذا وصل اقراره بما ينتظم لفظه عادة لكنه يبطل حكمه شرعاً(٣)، فاذا قال: له عليّ ألف من ثمن مبيع مجهول او بأجل مجهول أو بخيار

---

(١) في التذكرة: قال الجويني ـ بعد ذكر القولين: كنت اودّ الخ.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) المناسب ان يقول: (الى ان قال) فاذا قال الخ لفصل قوله شرعاً مع قوله: فاذا قال بثلاثة اسطر تقريباً.

....

مجهول، لم يقبل منه ولزمه الألف في الحال(١).

وكذا لو قال: ضمنت لفلان بخيار أو كفلته بخيار وقلنا: انه لايدخل فيهما الخيار فيلزم الضمان والكفالة في الحال.

وبالجملة امثال ذلك عندي في غاية الاشكال، خصوصاً في المقرّبه مع قوله: (من ثمن مبيع لم اقبضه) فانه لا تناقض ولا تنافي بوجه، فان الثمن يلزم بمجرد عقد البيع ولايشترط قبض المبيع الا انه لايكلّف بالتسليم اوّلاً بل له ان يمتنع حتى يقبض، وانه لو تلف قبله يبطل العقد على ماقالوه ولهذا قال في التذكرة: إذا قال له عليّ ألف من ثمن عبد لم اقبضه اذا سلمه سلمت الألف، قال الشيخ: ان وصل الكلام كان القول قوله مع اليمين.

وقال أيضاً: لو قال: له عليّ ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال بعد ذلك: (لم اقبضه) قبل قوله عنده رحمه الله اما لو قال: عندي(٢) الف ثم سكت، ثم قال ـ بعد ذلك ـ: (من ثمن مبيع لم اقبضه) فانه لايقبل قوله، ويقدم قول المقرّله مع يمينه الخ(٣).

ولو لم يكن إجماع في امثاله يمكن القول بالقبول أيضاً، بل في كل موضع يمكن الاحتمال وان كان بعيداً وان لم يكن متصلاً، بل بيّن مراده بعد ذلك بكلام آخر أنّ ذلك لثمن مبيع لم اقبضه.

ونحوه صرّح به في التذكرة في غير هذا الموضع مراراً.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) في التذكرة: الثاني ان يقول: له عندي الف ثم يسكت ثم قال الخ وليعلم ان العبارتين في التذكرة على خلاف مانقله الشارح قده هنا، فان فيها العبارة الأولى مؤخّرة والثانية مقدمة فراجع البحث الثاني من كتاب الاقرار ج٢ ص١٦٦ منها.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

ولو قال: مؤجّلة أو ابتعت بخيارٍ أو ضمنته بخيار افتقر في الوصف الى البيّنة.

نعم ينبغي الالزام اذا قال: قضيته او لايلزمني فانه متناقض الا ان يؤوّل بان لايلزمني الآن دفعه فانه مؤجل فتأمّل في القبول حينئذٍ.

قوله: «ولو قال: مؤجّلة الخ» يعني لو قال: له عليّ الف مؤجّلة لزمه الألف ولم يقبل الضميمة هنا أيضاً، نعم هو مدّعٍ حينئذٍ، يسمع دعواه مع البيّنة ولايخفى ان قوله(١): (ومبيع لم اقبضه) مثله فكان ينبغي جعله مثل ذلك.

وكذا قوله: (ابتعت بخيار) اي اشتريت هذا بكذا وشرطت لنفسي الخيار أو ضمنت الالف الذي لك على فلان الا اني شرطت لي الخيار مع القول بدخول الخيار في الضمان فيحتاج فيهما في ثبوت الخيار الى البيّنة.

وفيه أيضاً تأمّل واضح خصوصاً اذا كان ضمان الخيار مضبوطاً بحيث يصح.

وقيل بثبوت الخيار في الضمان ويكون متصلاً به فانه لا تناقض ولا تنافي حينئذٍ وهو ظاهر.

ولهذا قال في التذكرة: لو قال: عليّ الف مؤجّلة الى سنة فان ذكر الاجل مفصولاً بكلام غريب او سكوت، لم يقبل التأجيل ويثبت الدين في الحال وان ذكره بغير فصل من سكوت أو كلام(٢) فالاقرب عندي قبوله كما لو قال: له عليّ ألف طبريّة أو موصليّة، فانه يقبل تفسيره(٣).

كذا هنا (مؤجّلة خ) ولانه ربّما يكون الحق في ذمّته مؤجّلاً ولاشاهد له

---

(١) يعني في فرض المصنف قبيل هذا في عبارته المتقدمة.

(٢) ولا كلام البتة (التذكرة).

(٣) وان اشتملت على عيب في المقربه كذا الخ (التذكرة).

ولو قال: الف ناقصة رجع اليه في تفسير النقيصة، وكذا لو قال: معيبة.

بالتأجيل، فلو منع من الاخبار ولم يصدقه به تعذّر عليه الاقرار بالحق وعدم تخليص ذمته بالاشهاد فوجب ان يسمع كلامه توصّلاً الى تحصيل هذه المصلحة(١).

وما نقلناه عنها(٢) فيما سبق من قوله: (اذا وصل اقراره الخ)فانه ظاهر في قبول قوله: ان قلنا بجواز الخيار في الضمان والكفالة، فان الكلام هنا غير جيّد، الا ان يقال: المراد الخيار المجهول أو مع القول بعدم جوازه في الضمان فانه مؤد الى بطلان الشراء والضمان، ولكن يأباه قوله: (الى البيّنة) الا ان يحمل على انه أقرّ ثم ادعى اني قلت: (بخيار) من غير تعيين وكان مجهولاً (او قلت: ضمنت بخيار)، تريد بطلان اقراره وحينئذٍ يحتاج الى البيّنة بذلك، فتأمّل فيه.

قوله: «ولو قال: الف ناقصة الخ» وجه لزوم الألف الناقص والرجوع اليه في تفسير الناقص، أنه انما أقرّ بذلك، والأصل براءة الذمّة من غيره، وليس الناقص منافياً للاقرار بالألف وثبوتها في ذمّته، بل يجامعها وهو ظاهر، وكذا في المعيب.

والظاهر انه لاخلاف فيها وهو موافق للقاعدة وان خالف بحسب الظاهر بعض احكامه في بعض المسائل فليس المقصور فيه، بل تلك تحتاج الى دليل فان وجد قبل بها لذلك ولايتعدى الى غيره من غير دليل خصوصاً مع دليل خلافه.

وكذا اليه تفسير الألف وتعيين جنسها له، ولابدّ ان يفسّر الناقص والمعيب بحيث لاينافي ثبوت الألف، بل (بان خ) يكون النقص في الصفة، لافي العدد، وكذا العيب فتأمل.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني مانقلناه عن التذكرة من قولنا: قال في التذكرة: اذا وصل اقراره الخ فراجع شرح قوله: في تعقيب الاقرار بالمنافي الخ.

ولو قال: له عليّ الف ثم احضرها وقال: هي وديعة قبل، لأنّ التعدي يصيّر الوديعة مضمونه.

وكذا لو قال: لك في ذمتي الف واحضرها، وقال: هي وديعة وهذه بدلها.

اما لو قال: لك في ذمتي الف واحضرها وقال: هذه الدار التي أقررت بها كانت وديعة لم يقبل.

قوله: «ولو قال: له عليّ الف الخ» وجه قبول تفسير اقراره: ان له عليّ الفاً ـ بأنه كانت وديعة وأحضرها ـ ماأشار اليه المصنف رحمه الله من انه لاينافي ذلك، بل يجامعه، لان الوديعة قد تصير مضمونة بالتعدي، فيمكن اطلاق انه علي بهذا الاعتبار وان كان مجازاً، لما تقرر في الضابطة من قبول مثله، وباعتبار أنّ له مطالبته والزامه بها ونحو ذلك.

وكذا لو أحضرها، وقال: التي كانت في ذمّتي وديعة وقد تلفت بالتفريط أو كانت مضمونة وهذه بدلها، اذ صحّ قوله حينئذٍ حقيقة (له في ذمتي الف) ولاينافي الاحضار قوله: كانت تلك وديعة وهذه بدلها وعوضها، وهو ظاهر.

بخلاف ماإذا أحضرها، وقال: (هذه التي أقررت بأنها في ذمتي كانت وديعة)، لأن مافي الذمّة لايكون حاضرة ولاوديعة فلم يقبل قوله: (كانت وديعة فكأنه يلزم بالعين الف مافي الذمة، والألف الحاضرة بكونها وديعة باقراره هذا ظاهر العبارات.

وفيه تأمل لانه قد مرّ أنه يصحّ اطلاق كونه (عليّ) على الوديعة، وهو مثل (في ذمّتي) لان ظاهر قوله: (له عليّ) ذلك وان سلّم الفرق وظهور كون (في ذمتي) في غير الوديعة فليس ببعيد اطلاقه عليها فيحمل عليه للضابطة المتقدمة، وكذا يصحّ اطلاق مافي الذمة على الحاضرة وهو متعارف اما بالمعنى المتقدم اي باعتبار مايؤل

ولو قال: له قفيز حنطة، بل قفيز شعير، لزمه القفيزان.
ولو قال: له قفيز حنطة، بل قفيزان لزمه اثنان.
ولو قال: له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم لزمه الاثنان.

اليه بالتلف مع التفريط أو بغيره فينبغي القول هنا أيضاً للضابطة فتأمّل.

قوله: «ولو قال: له قفيز حنطة الخ» وجه لزوم القفيزين حنطة وشعيراً أن (بل) هنا مبطل للأوّل ويثبت للثاني فلم يسمع الابطال للمنافاة ويسمع الاثبات، لانه اقرار.

وفيه تأملّ لان (بل) قد تكون للاضراب، وهو محتمل، فينبغي القبول لوادعاه فلا يجزم الا بقفيز الشعير فقط.

واما وجه لزوم القفيزين فقط، فظاهر، اذ الأقلّ داخل تحت الأكثر مع اتحاد الجنس فيصدق قوله: (له علي قفيز) اذا كان عليه قفيزان ويصدق أيضاً أنّ عليه قفيزان فيلزمه ذلك لاغير، للأصل، وهو ظاهر.

قوله: «ولو قال: له هذا الدرهم الخ» وجه لزوم الدرهمين حينئذٍ انه قد اقربهما، لأنه قد أقرّ بالأوّل بقوله: (له هذا الدرهم) وبالآخر بقوله: (بل هذا الدرهم) ولا تسمع دعوى اضرابه وابطاله الاقرار الأوّل، فانه المنافي والمبطل بعد اتمام الكلام المتعارف، غير مسموع عندهم وان كان فيه بعض التأمل، لما مرّ، ولان كون (بل) للإضراب متعارف مشهور بين اهل العربيّة فهو اطلاق صحيح بحسب القوانين، ولانه قد يغلطه الانسان بسهو فيستدرك بـ(بل) وهو ظاهر ولكن قد منعوا ذلك لئلا يلزموا سدّ باب الاقرار غالباً، اذ يمكن أمثال ذلك في اكثر الاقرارات.

وفيه تأمّل لانه ان لزم ـ بناءً على القوانين المقررة المتعارفة ـ مثل كون (بل) للاضراب، فلا مانع منه ولاضرر في تجويزه، والا فلا يسمع فتأمل.

ومراده بقوله: (بل هذا الدرهم) درهم آخر غير الأوّل، فلو اراد الدرهم

ولو قال: له درهم، بل درهم لزمه درهم.

ولو قال: كان له عليّ الف لزمه ولم يقبل دعوى السقوط.

ولو اقرّ بما في يده لزيد، ثم قال: بل لعمرو، لم يقبل رجوعه وغرم لعمرو.

وكذا لو قال: غصبته من فلان، بل من فلان.

ولو قال: غصبته من فلان وهو لفلان دفع الى المغصوب منه ولاغرم.

الأوّل أو مطلقا فاللازم هو الدرهم الواحد للأصل وعدم صريح مايدل على التعدد، فيحمل على التأكيد او غيره.

ولهذا قال: (لو قال: درهم بل درهم) لايلزمه الا درهم واحد ولكن التأكيد بـ(بل) غير معلوم الورود، واللغويّة بعيدة، وكلامهم في امثاله يقتضي العمل على درهم آخر للخروج عن اللغويّة الا أن الاصل والضابطة يقتضي ماهنا وان خالفوها في غير هذه المسألة، ويحتمل ان يراد: (بل درهم صغير) ونحوه حتى لايتوهم درهم عظيم فلا لغو، فتأمل.

قوله: «ولو قال: كان له علي الخ» وجه اللزوم أنه قد أقرّ بكونه كان في ذمّته الف والأصل بقائها حتى يثبت الخلو، فلا يقبل دعوى سقوطه بالأداء والابراء ونحوهما الّا بالبيّنة، وهو ظاهر.

قوله: «ولو اقر بما في يده لزيد الخ» وجهه ظاهر ممّا تقدم، مع مامرّ.

قوله: «ولو قال: غصبته من فلان وهو لفلان الخ» وجه لزوم دفعه الى المغصوب منه، اقراره بانه غصبه منه، والغصب منه ظاهر في كونه ملكاً له ولو لم يكن كذلك فلا شكّ في كونه صريحاً في انه كان في يده، وظاهر اليد الملكيّة وكونه على وجه شرعيّ ان لم تكن الملكيّة فلابدّ من تسليمه اليه الا ان يبيّن عدم

وكذا لوقال: هذا لزيد غصبته من عمرو، يسلم الى زيد، ولاغرم.

ولو قال: له عندي وديعة وقد هلكت لم يقبل.

ولو أتى بـ (كان) قبل.

ولو قال: له عليّ عشرة، لابل تسعة لزمه عشرة.

استحقاقه.

ووجه عدم الغرم لمن قال: انه له، أنه اقرّ له بما هو ملك للغير او في يده بوجه شرعي، وحاصله أنّ شرط قبول الاقرار كونه تحت يده متصرفاً تصرف الملاك، نعم قديؤاخذ بالنسبة الى نفسه بان لايجوز له التصرف فيه باذن المغصوب منه ولايملكه بوجه، بل اذا صار اليه يجب دفعه الى الثاني المقرّبه كما في الاقرار بحرّية عبد غيره ثمّ اشتراه، فتأمّل وتذكّر.

ومثل هذا الحكم في قوله: (هذا لزيد وغصبته من عمرو) بأن يكون المال لمن أقرّله أوّلاً، ولاغرم للثاني كما تقدم، وان كان المال هنا للاول ولاغرم للثاني عكس الأوّل، وهو المراد بقوله: وكذا هذا الخ.

وفيها تأمّل مّا، ولهذا قيل بالغرم للثاني فيهما ولكن الأصل يقتضي الأول.

قوله: «ولو قال: له عندي وديعة الخ» وجه عدم القبول أنه قد أقرّ بكون الوديعة عنده لانه المتبادر والظاهر من قوله: (عندي)، فهي موجودة فقوله: (وقد هلكت) مناف له وضد، فلا يقبل كما في سائره.

بخلاف أن قال: (كان له عندي) فانه يقبل لعدم المنافاة لان (كان) دلّت على الوجود قبل هذا الزمان، ولاينافيه الهلاك بعده، وهو ظاهر، نعم يمكن له عليه يمين على الهلاك ان لم يصدّقه، وفي الاول تأمّل يعرف ممّا تقدم من أمثاله.

قوله: «ولو قال: له عليّ عشرة الخ» وجه لزوم العشرة دون التسعة ماتقدم، مع مافيه، فتذكر.

ولو ادعى المواطاة في الاشهاد، فـان شهدت البيّنة بـالقبض لم يلتفت اليه، والا كان، له الاحلاف.

ولو قال: له عليّ عشرة إلّا درهماً لزمه تسعة.

ولو رفع فعشرة.

قوله: «ولو ادعى المواطاة في الاشهاد الخ» اي لو أقرّ مثلاً ببيع شيء وقبض ثمنه ثم انكر القبض وادّعى انه انما أقرّ بذلك للاشهاد على ذلك، وانه تواطأ مع المشتري بذلك لتحصيل الشهود المعتبرة على القبض لاحتمال عدم الشهود المعتبرة عند القبض فيلزم القبض بلا شهود وذلك غير مستحسن أو لغرض آخر مثل ان يكتب السجلّ، فان شهدت البيّنة بالاقرار فقط ـ تقبل دعواه ذلك، لان مثل هذا الفعل كثير شايع فيقبل لذلك ولما كان خلاف الأصل ـ بل خلاف الشرع أيضاً لانه كذب الّا ان يفعل على وجه يخرج عن ذلك والاصل والضابطة يقتضيانه ـ كان له عليه الحلف فيقبل معه.

ولو (ان خ) شهدت بالقبض، فلا يقبل دعواه ولايلتفت اليه لانه ثبت القبض بالبيّنة وهي حجّة شرعيّة ولارادّ لها.

وقيل: ان ادّعى المواطاة في القبض أيضاً يقبل ذلك، لأنه أيضاً متعارف وهما يقتضيانه الا ان ظاهر احكامهم في مثله ينفيه فتأمل.

قوله: «ولو قال: له علّي عشرة الا درهماً الخ» وجه لزوم التسعة على تقدير نصب مابعد (الّا) ظاهر، وهو أنه استثناء صحيح، فانه منصوب في كلام موجب، واذا اخرج المستثنى (وهو الدرهم)، من المستثنى منه (وهو العشرة)، لامحالة يبقى تسعة.

وأما وجه لزوم العشرة تامّاً على تقدير الرفع، فهو ان الاستثناء باطل بقوانين العربيّة، فهو كعدمه فكأنه مااستثنى شيئاً.

ولو قال: ماله عندي عشرة الا درهم، لزمه درهم.
ولو نصب لم يكن مقرّاً.

وفيه تأمّل للضابطة، فانه يحتمل ان يكون غالطاً في ذلك او لم يكن عارفاً بالقوانين، أو نسي، فحمله مطلقا على اللغو أو على كونه منقطعاً، وتقديره (لكن درهم ليس عندي ونحوه) بعيد جدّاً.

قوله: «ولو قال: ماله عندي عشرة الا درهم الخ» اما وجه لزوم الدرهم الواحد على تقدير الرفع فظاهر، لأنه استثناء مرفوع في كلام غير موجب فهو صحيح، فاذا نفى العشرة الاّ واحداً بقي الواحد، مثبتاً، لأنه قد ثبت في الأُصول أن الاستثناء عن (من خ) النفي ايجاب واثبات، فثبت (فيثبت خ) الدرهم الواحد، فانه بمنزلة ان قال: له عندي درهم.

وأمّا عدم كونه اقراراً بشيء أصلاً على تقدير النصب فغير ظاهر، فانه استثناء صحيح، اذ يجوز النصب ويختار البدل في غير الموجب كما في قوله تعالى: «مافَعَلوه الاّ قليلٌ مِنْهُم»(١)، فانه قد قرئ قليلاً أيضاً، فكأنه مبني على الضابطة وأصل براءة الذمّة فيحتمل ان يكون المراد نفي العشرة الا درهم عن ذمّته بان يلاحظ أوّلاً الاستثناء وادخله في الكلام فصار، له علي عشرة الاّ درهماً ثم أدخل عليه النفي ونفاه عن نفسه وقال: ليس له علي عشرة الاّ درهماً، فكأنه قال: ليس له علي تسعة فان لها عبارتان مفردة، مثل تسعة، ومركّبة، مثل عشرة الاّ واحداً، وهذا غاية الاهتمام بالضابطة واصل البراءة.

ولابأس به وان كان خارجاً عن ظاهر مقتضى الكلام ولكن من أفتى بمثله ينبغي ان يلاحظ مثله في غيره وقد عرفت ترك ذلك في بعض المواد فتأمّل.

ورأيت هذا التأويل في بعض القيود في حاشية على شرح الرضي(٢)، بعد

---

(١) النساء ـ ٦٦.

(٢) هو شرح الشافية للشيخ العلاّمة نجم الأئمة رضي الدين محمد بن الحسن الاسترآبادي النجفي ←

ولو كرّر الاستثناء، فان كان بحرف العطف او كان الثاني مساوياً للأوّل أو زائداً رجعا الى المستثنى منه وحكم عليه بما بعدهما.

أن أظهر عدم الفرق بين الرفع والنصب، بمثل ماذكرناه حيث قال: الآ(١) أنّ الفقهاء قالوا: اذا قلت: ماله علي عشرة الّا تسعةً بالنصب لم يكن مقرّاً بشيء، لان المعنى ماله عشرة مستثنى منها تسعة اي ماله علي واحد، فاذا قلت: الّا تسعة، بالرفع على البدل يلزمك تسعة، لان المعنى ماله علي الّا تسعة.

وفي الفرق نظر، لان البدل والنصب على الاستثناء كليهما استثناء ولافرق بينهما اتفاقاً في نحو جاءني القوم الّا زيد وزيداً (الى قوله): وعلى الجملة، فلا أدري صحّة ماقالوا.

قال في الحاشية: لعلهم تخيّلوا أنّ الاصل في الكلام هو الاثبات، والنفي طارٍ عليه، فاذا قلت: الّا تسعةً بالنصب كان الاستثناء راجعاً الى المثبت كأنك قلتَ: له علي عشرة الّا تسعة ويصير حاصله ان له عليك واحد، فاذا ادخلت عليه النفي كان المعنى، ليس له علي واحد، فلا يلزمه (فلا يلزمك خ) شيء كما صرّحوا به، واما اذا قلت بالرفع فلا يمكن ان يكون الاستثناء راجعاً الى الاثبات، والنفي داخلاً بعده في الكلام، فوجب الحمل على الابدال من المنفي ويكون المعنى كما قالوا، ليس له علي الّا تسعة، والاستثناء من النفي إثبات عندهم، فيصحّ ماقالوا (منه رحمه الله).

هذا غاية توجيه ماقالوا كما قلناه، ولكن ينبغي ضمّ ماقلناه أيضاً من اصل البراءة، وضابطة الاقرار، وهو يدل على القول بالأخذ بالاقرار ان لم يمكن عدمه.

قوله: «ولو كرّره الاستثناء الخ» يريد بيان احكام تكرار الاستثناء،

المتوفّى سنة ٦٨٦ وهو شرح جامع لطيف اعترف السيوطي انه من أحسن شروحها، بل لم يكتب مثله (الذريعة الى تصانيف الشيعة ج١٣ ص٣١٣).

(١) هكذا في النسخة المطبوعة لكن في نسخ عديدة مخطوطة (ان الفقهاء الخ) باسقاط لفظة (الّا).

والا عاد الثاني الى الأوّل ودخل تحت الاقرار.

فلو قال: له عليّ عشرة الّا تسعة الا ثمانية، وهكذا الى واحد لزمه خمسة.

لظهور حكم عدمه، فلو كرّر الاستثناء، فان كان بحرف العطف يكون المجموع راجعاً الى المستثنىٰ منه المذكور قبله مطلقا، سواء كان كل واحد أو البعض أو المجموع ناقصاً عنه أو مساوياً أو زائداً.

وجهه ظاهر، وهو ان العطف يقتضي ذلك الّا انه لايسمع مع الاستغراق فذلك شرط في مطلق الاستثناء واحداً كان أو مكرراً.

وان كان بغير عطف وامتنع ارجاعه الى ماقبله من الاستثناء مطلقا لكونه مساوياً أو زائداً، فهو أيضاً راجع الى المستثنىٰ منه مالم يستغرق والّابطل.

وان لم يمتنع، بل أمكن ارجاعه الى ماقبله في الجملة فراجع اليه أو يكون مابقي في ذلك المستثنى يخرج عن المستثنى منه ودخل ماخرج عنه تحت الاقرار والمستثنى منه، ووجه هذا أيضاً واضح.

قوله: «فلو قال: له علي عشرة الخ» تفريع على ماتقدم من القاعدة اي لو قال: له علي عشرة الّا تسعةً، الّا ثمانية، الّا سبعة، الّا ستة، الّا خمسة، الّا أربعة، الّا ثلاثة، الّا اثنين، الّا واحداً، لزمه خمسة.

والضابط انه يجمع المثبتات اي الأوّل، والثالث والخامس، والسابع، والتاسع، وهي الازواج فصارثلاثين، وكذا المنفيّات ـ وهي مابقي ـ وهي الأفراد فصارت خمسة وعشرين، واذا حذف الثانية من الاولى يبقى خمسة.

وجه الضابط انه لامحالة في ان هذه المستثنيات منفي ومثبت، والأول مثبت مقرّبه، والثاني منفي مخرج فيكون مابعده مثبت مقرّبه، وما بعده منفي مخرج وهكذا الى الآخر فلا محالة يكون المثبتات مقراً بها، والمنفيّات مخرجة عنها، غير مقربها.

....

فاذا جمعنا المجموع من كلّ واحد واسقطنا المجموع من المجموع، يبقى مايبقى وهو خمسة.

وبالجملة يسقط ـ باعتبار استثناء كلّ فرد بعد استثناء الزوج عنه ـ واحد من العشرة فيسقط خمسة ويبقى خمسة وهو مقتضى القاعدة وهو ظاهر.

ولكن لو قال ـ بعد قوله: الّا واحد(١) ـ: الا اثنين الى التسعة لزمه واحد بناءً على مايفهم من القاعدة، فتجمع حينئذٍ، الأزواج الواقعة في الصورتين، تصير خمسين لعدم عدّ عشرة الا مرّة واحدة، وتجمع الأفراد فيها فتصير تسعة واربعين، لعدم عدّ الواحد الّا مرّة واحدة فتحذف الثانية من الأُولى يبقى واحدة هذا مقتضى سوق كلامهم.

ولكن قال في الدروس: ولو أنه لمّا وصل الى الواحد، قال: الّا اثنين، الّا ثلاثة الى التسعة لزمه واحد، لأنّا نضمّ الأزواج الى الأزواج تكون ثمانية وأربعين، والافراد الى الافراد تكون تسعة وأربعين، فاذا سقط الاول من الثاني بقي واحد(٢).

والظاهر انه غلط من وجهين (الأوّل) أنّ الأوّل خمسون(٣) لما ذكرنا (والثاني) حذف الأفراد من الأزواج لا العكس(٤) لما مرّ أيضاً.

قال المحقق الثاني في شرح القواعد: ولو عكس، فقال: له علي عشرة الّا واحداً الّا اثنين إلّا ثلاثة الى التسعة بقي واحد(٥).

---

(١) يعني لو رجع القهقرى عقيب قوله: الا واحد بان قال: الا اثنين، الا ثلاثة، الا أربعة وهكذا الى قوله: الا تسعة.

(٢) الى هنا عبارة الدروس نقلناها منه فراجع كتاب الاقرار درس في الاضراب ص٣٢١.

(٣) الظاهر ان النسخة التي كانت عند الشارح قد كانت مغلوطة والا فالعبارة التي نقلناها من الدروس متضمنة للخمسين.

(٤) هذا الاشكال أيضاً كسابقه لانه قال: اسقطت الاقل من الأكثر ولم يقل حذف الافراد من الازواج.

(٥) الى هنا عبارة شرح القواعد ج١ ص٣٥٤ سطر٤٠.

....

(فان قيل): الاستثناء الواقع بعد استثناءٍ، ان كان متسغرقاً يسقط، ولاشكّ ان الأربعة مستغرقة، فانه ان كان ممّا يليه أو قبله من الاستثناءات فهي مستغرقة حتماً، وكذا ان كان راجعاً الى العشرة، فانه مابقي منها الّا أربعة لرجوع كلّ الثلاثة اليها، لعدم صحّة البعض عن البعض فيرجع الى المستثنىٰ منه كما هو مقتضى القاعدة.

(قلنا): انه استثناء، من المجموع المركّبات من المستثنيات التي قبله وهي ستة فيصحّ اخراجه منها.

قال(١): واذا تعذر الاستثناء ممّا يليه وممّا قبله بانفراده وكذا عن المستثنىٰ منه يرجع الى المجموع المركب من المستثنيات، فبعد الاخراج ثبت الثمانية لانه أربعة كانت باقية في العشرة وأربعة اخرى اخرجت من الستة المنفيّات بقي الثمانية مثبتة(٢).

وضابطة المصنف(٣) تصحّ في هذه الصورة أيضاً، فان المثبتات ثمانية وعشرون، فانها قد عرفت أنها الأزواج، وهي ثلاثون وقد صار اثنين من المنفيات حيث اخرجت أيضاً من العشرة فبقي ثمانية وعشرون وقد كانت المنفيّات -وهي الافراد- خمسة وعشرين وضمّ اليها اثنان فصارت سبعة وعشرين واذا حذفت الثانية من الأولى يبقى واحده وهو ظاهر فتكون الضابطة -بخلاف المنفيّات- مطردة، ولكنّها

---

(١) يعني شارح القواعد المحقق الثاني ولكن عبارته هكذا: واذا تعذر الاستثناء من الاستثناء السابق بلا فصل، قدر الاستثناء منه وممّا قبله وحينئذٍ فيكون الأربعة المستثناة مثبتة وقد بقي من العشرة أربعة وذلك ثمانية (انتهى).

(٢) الى هنا عبارة القواعد نقلاً بالمعنى كما سمعت عبارته بعينها.

(٣) يعني في القواعد حيث قال: والضابط اسقاط جملة المنفي من جملة المثبت بعد جمعها فالمقربه، الباقي (ايضاح القواعد ج٢ ص٤٥٣ طبع قم).

....

مجملة غير مبيّن كيفية، والارجاع في كل واحد الى آخر، ماذكر في القاعدة لافي الاصول ولافي كتب النحو.

وارجاع الاستثناء الى المركب من المجموع ـ بعد تعذر ارجاعه الى كل واحد واحد ممّا يليه والمستثنى منه ـ ليس بمعلوم أيضاً، لان الظاهر أيضاً رجوع الاستثناء الى لفظ معيّن، لاالى مايعتبره العقل ويجعله شيئاً واحداً، فان ذلك غير متعارف وليس بمعلوم وقوعه في الكلام وان كان ذلك سبباً لاخراج الكلام عن اللغو فلا يكون به بأس الا انه ماورد في المتعارف.

على انه لايتم في صورة الوصل، وهو ظاهر، لعدم الانطباق على القاعدة فانه لم يعلم المثبت والمنفي بحيث يكون احدهما أفراداً، والآخر أزواجاً فكيف يسقط، وهو ظاهر.

فان الا ثنين في قوله: الّا واحد الّا اثنين راجع الى المركب من المثبت والمنفي، بناءً على ماذكره، فبعض الا ثنين مثبت، وبعضه منفيّ فلا يمكن اسقاطه جميعاً كما فعله ولااثباته، وهو ظاهر.

ولايتمّ أيضاً في العكس مثل (الّا خمسة) فانه ليس مستثنىً عن العشرة ولاممّا قبلها بلا فصل ولامن المركّب، بل من المجموع الحاصل المثبت من عشرة، واستثناء الأربعة ممّا تقدمه غير أنه بالحقيقة استثناء من العشرة، فان حاصله (له علي ثمانية) ـ بعد مجموع الاستثناء ـ الّا (خمسة) وهو لابأس به وان كان مشوّشاً، فانّه (تارة) يكون الاستثناء من العشرة (وتارة) من جميع ماتقدم (وتارة) ممّا حصل من العشرة وممّا تقدم.

ومثله يجري في الا ثنين في صورة الوصل، لان ماقبله بمنزلة (ماله علي خمسة) فيصحّ (الّا اثنين)، وهكذا الّا انه لايتمّ الا في ثمانية في الصورتين بوجه من الوجوه، لانه لايمكن ارجاعه الى مايليه منفرداً ولامركباً ممّا قبله ولامن المجموع

....

المنفيّ الذي هو الثمانية فهي مستغرقة ولايمكن جعلها مستثنىٰ عن الاثنين المثبتين بالطريق الاولى وهو ظاهر، وارجاعها الى المركب من المثبت والمنفي -وهو عشرة- غير معقول ولامنطبق على شيء من القواعد والامر المتخيّل، فارجاع استثناء واحد بعضه الى منفي وبعضه الى مثبت غير موجه على مايفهم.

فقول شارح القواعد (في بقاء واحد: لو قال: علي عشرة الّا واحداً الّا اثنين الّا ثلاثة الى التسعة):

واذا تعذر الإستثناء من الاستثناء السابق بلا فصل قدر الاستثناء منه وممّا قبله حينئذٍ فيكون الأربعة المستثنات مثبتة وقد بقي من العشرة أربعة وذلك ثمانية وبالاستثناء الخامس يبقى ثلاثة، وبالسادس يصير تسعة على ماقررناه، وبالسابع يبقى اثنان، وبالثامن عشرة وبالتاسع واحد.

ولو عدل الى الواحد ثم الى التاسع بقي واحد فطريق ذلك معلوم ممّا ذكر (الى قوله): هو بحمد الله واضح(١). غير واضح لما مرّ.

وعلى تقدير صحّة ارجاعه الى المجموع ليس بمعلوم اشتراط تعذر ارجاعه الى المستثنى منه.

ويمكن عدم اشتراطه أيضاً، اذ ليس صحّة ماذكر موقوفاً عليه، الّا ان مقتضى قولهم: اذا تعذر الاستثناءات يرجع الى المستثنىٰ منه، كونه راجعاً اليه بعد تعذر رجوعه الى كل واحد واحد، فانه المتبادر، وذلك يقتضي عدم رجوعه الى المركب مع امكان رجوعه الى المستثنى منه.

وكأنه -لعدم وضوح ذلك- ماذكر هاتين الصورتين في المتن، ولا في القواعد وغيره.

---

(١) من قوله قده: واذا تعذر الى قوله قده: واضح من عبارة شارح القواعد وقوله قده غير واضح خبر لقوله: فقول شارح القواعد فلا تغفل.

....

وقال(١) فيه أيضاً: ببطلان الاستثناء الثالث، في مثل قوله: (له علي ثلاثة دراهم الّا درهماً الّا درهماً، الّا درهماً).

ولو صحّ هذا لصحّ أن يقال: ان الثالث يحتمل مستثنىً عن مجموع الدرهمين فبقي واحد، وما ذكر في القاعدة أيضاً كأنه لذلك.

قال الشيخ الرضي رحمه الله(٢) في حاشيته على شرحه، مكتوب في آخرها: (منه قدس سرّه) -بعد ان ذكر في الشرح بيان لزوم خمسة في المثال المفروض ممّا أشرنا اليه: من انه اذا أخرجنا التسعة من العشرة بقي واحد وادخلنا معه ثمانية صارت تسعة واخرجنا منها سبعة بقي اثنان آه.

وذكر بعضهم طريقاً آخر اشار الى الضابطة المذكورة في القواعد من حذف المنفيّات الأفراد، عن المستثنيات الازواج.

وهذا وان كان طريقاً حسناً في اظهار المطلوب، لكنه لم يعلم منه كون تلك الاستثناءات المتعاقبة واردة على مقتضى قواعد النحو من كون كلّ استثناء راجعاً الى ماقبله، وما ذكره الشارح وافٍ باظهار المطلوب والجريان على القواعد ولم يلتفت الى ماشتهر من ان القائل بعد ماقال: الا واحداً اذا قال: الا اثنين الا ثلاثة وهكذا الى ان يقول: الّا تسعة لزمه واحد وذلك لعدم كونه جارياً على القواعد.

اما اذا لم يؤوّل وجعل كل استثناء الى مايليه فظاهر، لكونه استثناء الاكثر من الأقل.

واما اذا أوّل وقيل: ان قوله: الّا اثنين راجع الى الخمسة المنفيّة عند قوله: الّا واحداً فلأنه يلزم الاستثناء المستغرق عند قوله: (الّا ثمانية)، فيكون باطلاً

---

(١) يعني في القواعد لكن عبارة القواعد هكذا: ولو قال: له ثلاثة الا درهماً ودرهماً ودرهماً احتمل قوياً بطلان الأخير، وضعيفاً الجميع (انتهى) ايضاح الفوائد ج٢ ص٤٥٥ ط٢.

(٢) قد مرّ ذكر مؤلفه عند شرح قول الماتن ره: ولو قال: ماله عندي عشرة الخ فلاحظ.

ولو قال: له هذه الدار، والبيت لي أو الّا البيت قبل.
والاستثناء من الجنس حقيقة ومن غيره مجاز.

ويكون الواجب اثنين، نعم يمكن بيان وجوب الواحد بذلك الطريق، وهو ان يجمع جميع المثبتات صعوداً ونزولاً، وذلك خمسون، ويجمع جميع المنفيّات فيها وذلك تسعة وأربعون فاذا الغى المنفيّات من المثبتات بقي واحد.

وقد عرفت أن ذلك لم يعلم منه الجريان على القواعد ولايكفي في اثبات المطلوب.

قوله: «ولو قال: له هذه الدار الخ» وجه قبول الاستثناء ظاهر، (والبيت لي) بمنزلة الاستثناء، بل قوله: (هذه الدار) ليس بصريح في كون جميع البيوت للمقرّله فيجوز ارادة اختصاص بعضه بعدم الارادة في المقرّبه والضابطة المتقدمة تقتضيه

قوله: «والاستثناء من الجنس الخ» قال في القواعد: الاستثناء من الجنس جائز إجماعاً ومن غيره على الاقوى(١).

اعلم أنه ظاهر أنّ مراده استعمال (الّا) -في موضع يكون المستثنىٰ داخلاً في المستثنىٰ منه- جائز إجماعاً على سبيل الحقيقة كما يدل عليه عبارة الكتاب، وانه لامعنى للنزاع في جواز المنقطع ولو مجازاً وحينئذٍ يكون المراد بجوازه (على الاقوى) أيضاً كونه حقيقة.

ولكن فيه تأمّل، لما سيأتي من قوله(٢): (فان سوغنا المنفصل آه(٣)) فانه يفهم منه عدم الجواز مجازاً أيضاً الّا ان يراد حقيقة فتأمل.

---

(١) ايضاح الفوائد ج٢ ص٤٥٢.

(٢) يعني المصنف في القواعد.

(٣) تمامه طولب بتفسير الألف وقبل اذا بقي بعد الاستثناء شيء.

....

ولأن الظاهر أنه ليس بحقيقة، اذ الظاهر المتبادر من معنى (الّا) واستعمالها كون مابعدها من جنس ماقبلها اي دخول المستثنیٰ في المستثنیٰ منه فلا ينبغي أن يكون ذلك مذهبه فلعل مراده(١) جوازه مجازاً (على الاقوى) فيكون اشارة الى خلاف بعض العامّة مثل أبي حنيفة، فانه نقل عنه في التذكرة عدم جواز المنقطع الّا في المكيل والموزون وحكيٰ عن محمد بن الحسن، وعن زفر، وعن احمد بن حنبل، عدم جوازه مطلقا، وهو عادته في التذكرة والمنتهى.

وحمل في شرح القواعد(٢) اشارته الى الخلاف في صلاة الكسوف، على خلاف العامّة.

وحمل أيضاً ذكر الشهيد الثاني في الذكرى، الخلاف في جواز العمل بقول الميّت على خلاف العامّة.

وذكر في الجعفريّة أيضاً، الخلاف في ذلك، مع أنه في حاشيته على الشرايع يدّعي إطباق العلماء على عدمه.

فان كان على ظاهره يكون محمولاً على خلاف العامة، وان ذكر في بعض جوابات مايسئل عنه وجود الخلاف في ذلك عند علمائنا، ولكن قال من غير أجلاّء الأصحاب فيريد اطباقهم، ويمكن الاشارة في الجعفريّة الى خلاف غير الأجلّة، ونقل عن التفتازاني في شرح الشرح خلافاً عن الآمدي أيضاً في ذلك.

وبالجملة ليس ببعيد، الإشارة الى خلاف العامّة، وهو أظهر من ارتكاب خلاف ماهو الظاهر من كونه مجازاً فيلزم القصور في المعنى والمختار وعدم حسن قوله

---

(١) يعني المصنف في القواعد.

(٢) يعني ان المحقق الثاني في جامع المقاصد ج١ حمل عنوان (الخلاف) في هذه المواضع على خلاف العامة لاالخاصة فليكن في المقام كذلك بمعنى ان الخلاف المفهوم من قوله: (على الاقوى) في مقابل بعض العامة لاالأصحاب.

فلو قال: له الف إلّا درهماً فالجميع دراهم.

في مسألة (ولو قال: له ألف الآ درهماً فالجميع دراهم آه)(١): فقول شرح القواعد: الا انه من ابعد البعيد ان يكون قول المصنف بجواز الاستثناء من غير الجنس على الاقوى، في مقابل خلاف أبي حنيفة وأحمد آه، بعيد فيكون معناه، الاستثناء من الجنس جائز حقيقة بالإجماع ومن غيره أيضاً جائز في الجملة أو مجازاً على الاقوى.

وقيل: بعدم جوازه من العامّة مجازاً أيضاً، وهو ضعيف ينفيه وجوده في الكتاب(٢) والسنة، وكلام الفصحاء، والتأويل بحيث يصير متصلاً بعيد لايصار اليه، على انه يحتمل ان يكون معناه جائز، مجازاً على الأقوى.

وقيل حقيقة، وهو أيضاً بعيد للتبادر الذي هو قرينة الحقيقة.

ويؤيّده أيضاً مانقل عنه في شرح القواعد قوله في نهج الاصول: (والحق انه مجاز الخ).

وبالجملة استعمال (الآ) فيما يكون مابعده داخلاً فيما قبله حقيقة، وفي غيره مجاز وهو مذهب المصنف والاكثر، والنزاع فيه غير معقول.

قوله: «فلو قال: له ألف الا درهماً الخ» اي لـمّا قلنا: ان استعمال حرف الاستثناء في المتصل حقيقة وفي المنفصل مجاز، فاذا قال: (له علي الف الآ

---

(١) كما يأتي عن قريب.

(٢) يعجبنا ان ننقل مانبّه على ذلك فخر المحققين رحمه الله في ايضاح الفوائد ج٢ ص٤٥٢ فانه بعد نقل عبارة والده المعظم قدس سره من قوله: الاستثناء من الجنس جائز الخ قال: اقول: لأنه استعمل فيه كثيراً كقوله تعالى: «فانّهم عدوّ لي الآ ربّ العالمين»(١)، «فَسَجد الملائكةُ كلّهُم أجمَعُون إلّا ابليس»(٢)، «وما كان لمؤمنٍ ان يقتل مؤمناً الّا خطأ»(٣)، «الّا أنْ تكون تجارةً»(٤)، «ومَا لهم به من علمٍ الّا اتباع الظنّ»(٥)، لايسمعون فيها لغواً وَلا تأثيماً الّا قيلاً سَلاماً سَلاماً»(٦)، «فلا صريخ لهم ولاهُم ينقذُون الّا رَحْمةً منّا»(٧)، «إنّا أرسَلناهُم الى قوم مُجْرمينَ الّا آلَ لوط»(٨).

(١) الشعراء - ٧٧. (٣) النساء - ٩٤. (٥) النساء - ١٥٦. (٧) يس - ٤٣ - ٤٤.

(٢) الحجرات - ٢٠. (٤) النساء - ٣٣. (٦) الواقعة - ٢٤. (٨) الحجر - ٥٨ - ٥٩.

ويصدق لو قال: لم ارد المتصّل.

فيطالب بتفسير الالف ويقبل لو بقي بعد الاستثناء شيء.

ولو قال: الف درهم الا ثوباً طولب بتفسير القيمة واسقطت، ولو استوعب لم يسمع وطولب بالمحتمل.

درهماً) فالالف المستثنىٰ منه أيضاً يلزم ان يكون دراهم والّا يلزم الانفصال الذي هو خلاف الأصل والحقيقة، وهو مجاز وممّا لايصار اليه الّا مع تعذر الحقيقة.

ولكن لما كان المجاز جائزاً، فلو قال: اردت المجاز يقبل منه لما تقدم من الضابطة.

فيطالب بتفسير الالف، فان فسّرها بما يمكن اخراج الدرهم عنها ويبقى بعده شيء مقبول بعد الاستثناء، يقبل تفسيره، والّا فيمكن بطلان الاستثناء فيؤخذ بتمام الألف المفسّر، لأنه علم ارادته من الألف ولم يمكن الاخراج عنه فيبطل الاستثناء لاستغراقه ويبقى الكلام من غير استثناء، مثل ماذكر استثناءً مستغرقاً.

ويحتمل بطلان التفسير، لان الاستغراق انما نشأ منه فيطالب بتفسير آخر حتى يصح كما هو ظاهر المتن، ذكرهما في القواعد.

والظاهر من القواعد أيضاً رجحان الثاني(١) لحفظ الأصل والضابطة في الجملة، هذا ظاهر كلامهم.

وفيه اشكال من وجوه (الأوّل) انهم مهّدوا هذه القاعدة وفرّعوا عليها مثل هذه الفروعات بأنه ان لم نقل بالمنفصل فالجميع دراهم وان قلنا بجواز المنفصل

---

(١) قال في القواعد: ولو قال: له الف الّا درهماً، فان سوغنا المنفصل طولب بتفسير الألف وقبل اذا بقي بعد الاستثناء شيء ولو لم يبق احتمل بطلان التفسير او الاستثناء، والا فالجميع دراهم (انتهى) ايضاح الفوائد ج٢ ص٤٥٣ طبع قم.

....

طولب بتفسير الألف فيخرج منه درهم، فان بقي شيء سمع والا بطل.

وأيضاً قالوا: ان قال: (له علي الف درهم الآ ثوباً) فان منع المنفصل وجبت الألف، والآ طولب بقيمة الثوب وان فسّربما يخرج عن ألف درهم ويبق شيء قبل، والآ يبطل (بطل خ) بأحد المعنيين.

وهذا مذكور في الكتب التي رأيناها، وهو غير منطبق بالقوانين، لانهم صرّحوا في النحو وكتب العربيّة والتفاسير والاصول أنّ (الآ) اذا كان منقطعاً ومنفصلاً فهو بمعنى (لكن) ولااخراج حينئذٍ، اذ لادخول لما بعده فيا قبله، وقوله: (له علي الف درهم الآ ثوباً) معناه، (لكن ليس له علي ثوب) فيلزم تمام الألف حتى انهم قالوا: انما يقدر القيمة لو كان المستثناء متصلاً.

قال في شرح العضدي(١): اعلم أنّ الحقّ ان المتّصل أظهر فلا يكون مشتركاً ولاللمشترك، بل حقيقة فيه ومجاز في المنقطع، فلذلك لم يحمل علماء الأمصار على المنفصل الآ عند تعذر المتصل حتى عدلوا عن الظاهر وخالفوه، ومن ثم قالوا في قوله: (له عندي مائة درهم الآ ثوباً) و(له علي ابل الآ شاة) معناه قيمة الثوب وقيمة الشاة فيرتكبون الاضمار، وهو خلاف الظاهر ليصير متصلاً ولو كان في المنقطع ظاهراً، لم يرتكبوا مخالفة الظاهر حذراً عنه (انتهى خ).

وفيه مبالغة زائدة في كون (الآ) في الا تصال أولى وحقيقة ونقل الشيخ(٢) علي في شرح القواعد مثله عن المصنف أيضاً.

فعلم أنّ الاخراج وتقدير القيمة انما يفعلون على تقدير الا تصال فتأمل.

---

(١) هو القاضي عبدالرحمن بن احمد بن عبدالغفار الفارسي الشافعي الاصولي (الى ان قال) له شرح مختصر ابن الحاجب وهو معروف بين العلماء وله المواقف في علم الكلام الذي شرح المحقق الشريف (الى ان قال) فمات مسجونا سنة ٧٥٦ (الكنى ج٢ ص٤٣١ طبع صيدا).

(٢) يعني الشيخ علي بن عبدالعالي الكركي الملقّب بالمحقق الثاني شارح قواعد المصنف.

....

(الثاني) انه اذا كان يطالب بتفسير الالف ويقبل منه التفسير الصحيح على تقدير جواز المنفصل ودعواه ذلك بقوله: (اردت الانفصال) ـ فلا ينبغي الحكم أوّلاً بان الجميع دراهم لاحتمال الانفصال المجوّز مجازاً والضابطة والأصل والاحتياط تقتضي عدم الالزام، بل الاستفسار اذا امكن والا فعدم الحكم ـ بكون الكل دراهم ـ لاحتمال ارادته المجاز، ولو قيل بانه بعيد نادر لما تقدم غير مرّة وانه مقتضى الضابطة.

وبالجملة لو كان المنفصل جائزاً والتفسير مقبولاً، لاينبغي ان يكون ذلك موقوفاً على دعواه الانفصال كما مرّ في امثاله، فعبارة الكتاب غير جيّدة، ولهذا قال في القواعد: فان سوغنا المنفصل طولب بالتفسير والّا فالجميع دراهم، وما قيّده بقوله: لو قال: (اردت الانفصال).

(الثالث) انه على تقدير عدم تسويغ الانفصال وكونه متصلاً قطعاً بتقدير القيمة ونحوها، لايتعيّن كون الكلّ درهماً في قوله: (له علي ألف الّا درهماً) لانه قد يكون الألف كلّها حبّات الحنطة مع الدرهم، والظاهر انه حينئذٍ يصحّ الاتصال مع عدم (لزوم خ) كون الكل درهماً.

قال الشيخ الرضي: إنّ المتصل مادخل في المستثنىٰ منه قبل (الّا) لفظاً أو تقديراً، والمنفصل ماخرج قبله (الى قوله): فقد تبيّن أنّ المتصل ليس المستثنىٰ من الجنس.

وأيضاً يحتاج الى تعين قيمة الثوب، فان فسّر بما بقي، والّا بطل الخ ماقالوا في جواز المنفصل.

فقول القواعد ونحوه: (فان منعنا المنفصل وجبت الألف والا طولب بذكر قيمة الثوب)، غير ظاهر (في المطلوب خ) على ان الوجوب غير ظاهر لاحتمال المنفصل مجازاً الّا ان يمنع ذلك أيضاً، وهو بعيد، على انه للمقر ان يقول: تكلّمت على مذهب المجوّز او اعتقدت الجواز والمتصل باضمار القيمة لتخرج عن اللغويّة.

ولو قال: الفاً الا شيئاً طولب بتفسيرهما ويقبل مع عدم الاستغراق.

(الرابع) انه لايصحّ المتصل بمجرد تقدير القيمة في المستثنىٰ، بل لابدّ من جعلها دراهم وتقدير القيمة في المستثنىٰ أيضاً في قوله: (له علي ابل الاشاة) فيصير المقرّبه قيمة الابل، تأمّل.

والكل ظاهر، وهيّن الا الأوّل(١) فانه يلزم خفاء هذه القاعدة ومعنى (الّا) للمنفصل على قول العلماء، وهو بعيد جداً.

والذي يمكننا ان نقول: انه على تقدير عدم جواز الانفصال فالحمل على القيمة والاخراج ظاهر، واما اذا جوز المنفصل فينبغي ان يفعل ذلك أيضاً للضابطة والأصل وان صار متصلاً مع كونه محتاجاً الى الاضمار المخالف للأصل لرجحان الحقيقة كما نقلنا عن العضدي، ونقل في شرح القواعد ان علماء الأمصار قالوا: بتقدير القيمة وان جاز الانفصال الا ان يقول المقرّ: أردت الانفصال فلا يخرج شيء أصلاً ويحتاج الألف الى التفسير أو يقال: إن مرادهم انه قال بالانفصال مع قوله بارادة الاخراج تجوزاً فتأمل.

وهذا غاية ماامكنني، نسأل الله التوفيق على حلّ المشكلات والمشتبهات انه وليّ التوفيق.

ولعله(٢) فهم الكتاب الى قوله: (ولو قال ألف، الّا شيئاً آه.

قد علم وجه الاستفسار وقبول قوله في الألف والشيء بشرط بقاء شيء صالح في الألف المفسّر بعد اخراج الشيء المفسّر عنه وبطلان التفسير او الاستثناء على تقدير الاستغراق وهو ظاهر.

---

(١) كل هذه الاشكالات الأربعة هيّن يمكن الجواب عنها أو التزامها الا الاشكال الأوّل و هو قوله: انهم مهدوا هذه القاعدة الخ.

(٢) يعني لعله بالبيانات المتقدمة فهم عبارة الكتاب يعني المتن الى قوله: ولو قال الخ.

ولو عقب الجملتين بالاستثناء رجع الى الأخيرة الّا ان يقصد عوده اليهما.

قوله: «ولو عقّب الجملتين بالاستثناء الخ» هذه مسألة اصوليّة محرّرة هناك .

والتحقيق الذي اختاره الأكثر، رجوعه الى الأخيرة لأصل عدم القيد وعدم اخراج ماتكلّم به عن مقتضاه، وحمل اللفظ على مايقتضيه ظاهر الّا مع تحقق مايدل على الخروج عنه وقصد خلافه، ولما تحقق رجوعه الى الأخيرة يقيناً لعدم اللغو، وللإجماع مابقي غيرها على ظاهرها.

واعلم ان النزاع في الجمل ومع عدم قصد رجوعه اليها أو الأخيرة بنصب قرينة دالّة على العموم والخصوص، واليه اشار بقوله: الّا يقصد آه.

ومع امكان رجوعه الى الجميع.

وان القائل الذي يقول برجوعه الى الجميع انما يقول برجوعه الى كل واحد واحد، لابمعنى جعل المجموع أو بعضها مركّباً فيرجع اليه، لان النزاع في رجوعه الى كلام سابق مستقلّ بوجود يصحّ تعلّق الاستثناء اليه لاجعل المجموع أمراً وكلاماً باعتبار ثم الارجاع اليه وهو ظاهر ومصرّح به في موضعه.

وانه لانزاع في رجوعه الى الأخيرة فانه متفق الكلّ، سواء قيل برجوعه الى الجميع اي كونه حقيقة فيها، وهو قول الشافعيّة أو الأخيرة فقط اي كونه حقيقة فيها فقط، ومجازاً ان رجع الى الجميع، وهو مذهب العلاّمة رحمه الله وأبي حنيفة أو بالاشتراك كالسيد المرتضى قدّس سرّه أو القول بالوقف كالغزّالي بمعنى مايدري كونه حقيقةً فيها أو الاخيرة فقط ومجاز في الباقي فلا نزاع بين الكلّ في وجوب العمل والحكم برجوعه الى الأخيرة.

لكن الشافعيّة والحنفيّة يقولون: مستعمل حقيقة، والأوّل يقول في الأولى أيضاً وينفيه الثاني.

ولو قال: له درهم ودرهم إلّا درهماً بطل الاستثناء وان ردّه اليهما.

والسيّد والغزّالي يقولان أيضاً: انه راجع الى الأخيرة، ولكن أبوحنيفة يقول: غير راجع الى الاولى حينئذٍ، لانه ظاهر في الاخيرة فقط وظاهر في عدم رجوعه الى الأوّل، و هما يقولان، لأنه غير ظاهر في عدم الرجوع اليها ولا في الرجوع.

وانت اذا تأمّلت ماذكرته، عرفت حقيقة المسألة الأصوليّة والعمل بها وما يتفرع عليها من الفروع والحكم والنظر فيما فرعوا عليها بعض الفقهاء، مثل قولهم في مثل قوله: (وله علي درهم ودرهم الّا درهماً)بطل الا ستثناء وان ردّه اليهما.

وجهه ظاهر (أمّا) على القول برجوعه الى الأخيرة فقط وكونه حقيقة فيها، فللاستغراق الواضح (وأمّا) اليهما فلما علمت أنّ مراد القائل به هو الرجوع الى كل واحد، ولاشكّ أنه مستغرق لكل واحد واحد أو انه لابدّ لارجاع المستثنى الى كل واحد بأن يأخذ من كل واحد شيئاً، وهنا ليس كذلك الا بالتأويل الذي ذكره الشهيد والشيخ علي(١)، واليه اشار بقوله(٢): (وان رده اليهما) وكذا بقوله في القواعد: لو قال: درهم ودرهم الّا درهماً قيل: ان حكم بعوده الى الأخيرة بطل والّا صحّ وليس بمعتمد(٣).

والظاهر أن معناه باطل مطلقا فيلزم الدرهمان، واختاره في المختلف، اذ لاينبغي الاستثناء من درهم ودرهم فانه بمنزلة زيد وعمرو الا عمرو.

فتأمل فان معناه ان قلنا: انه راجع اليهما أو كان المقرّ قائلاً به وعمل بمذهبه أو صرّح به أو وضع قرينة دالّة على ان مراده الرجوع اليهما الّا ان يصرّح ان

(١) يعني به المحقق الثاني الشيخ علي بن عبدالعالي الكركي شارح القواعد قده.

(٢) يعني المصنف ره هنا. (٣) الى هنا عبارة القواعد.

....

مراده الرجوع اليهما معاً أو فهم ذلك وان كان بعيداً، فالظاهر انه حينئذٍ يكفي عدم ظهور قصد خلاف مايصحح (يصح خ) رجوعه اليها معاً لابناءً على هذه القاعدة بل بناءً على مامرّ من الضابطة والأصل والخروج عن اللغويّة.

واحتمال ارادة هذا المعنى وان كان بعيداً أو خارجاً عن قوانين العربيّة ظاهر لامكان ذلك وتصحيحه في الجملة بتأويل مّا كما تقدم في امثاله مثل (الّا أربعة) بعد قوله: (الا واحد، الا اثنين، الا ثلاثة، الا أربعة).

ومثل ماقيل(١) من عدم الاقرار اذا قال: (ماله علي عشرة الا تسعةً) منصوباً، ولهذا قال ابن الحاجب برجوع الاستثناء الى الجميع في مثله، وادّعى العضدي الاتفاق عليه حيث قال: قالوا: خامساً، لوقال: علي خمسة وخمسة الا ستة لكان الجميع اتفاقاً.

قال: الجواب (أولاً) انه غير محل النزاع، لان كلامنا في الجمل وهذه مفردات. (وثانياً) انه انما رجع الى الجميع ليستقيم، اذ لو رجع الى الأخيرة لم يستقم. (وثالثاً) مدعاكم الرجوع الى كل واحد الى الجميع.

والحقّ ان النزاع فيما يصلح للجميع وللأخيرة، وهذا ليس منه(٢).

وانت تعلم مافيها لانها جمل، وان قوله: (والحق) راجع الى كلام المصنف وهو الذي فسّره بقوله: (وثانياً) فما بقي له هنا كلام، وان الاتفاق ممنوع، وكذا القياس فذلك ان صحّ لاينافي قول المصنف رحمه الله، فان الظاهر ان مراده، بناءً على القوانين ومن تكلّم علينا ومراده (بردّه اليهما) الى كل واحد واحد كما هو محلّ النزاع، لما مرّ فتأمّل.

---

(١) الظاهر ان المراد ان ماقيل وان كان بعيداً أيضاً لكنه ممكن ويمكن تصحيحه، والله العالم.

(٢) الظاهر كون هذا آخر كلام العضدي.

ويبطل الاستثناء المستوعب

واما قول المحشي: ويمكن اطلاق اسم الدرهم على بعضه مجازاً فيكون مراده من قوله: (درهم ودرهم) نصف كلّ منهما فيصحّ الاستثناء مطلقا ويعود الى الجميع للقرينة كما يعود الاستثناء (المستثنى خ) الثاني الى المستثنى منه اذا كان مستغرقاً للاستثناء الأوّل وهذا هو الأصحّ.

فمحلّ التأمّل لبعد اطلاق نصف الدرهم على الدرهم وفتح(١)، مثله وسماعه اوشك أن يسدّ أبواب الاقرار.

على انه ينبغي ان نقول: يكون رجوع الدرهم المستثنىٰ اليهما واستثنائه منهما باعتبار النصف، فكأنه قال المقرّ: (الا نصف درهم منهما) بان يكون المستثنىٰ مركّباً من نصف استثني من الأوّل ومن نصف استثني من الثاني، فيلزم درهم واحد كما قاله في الدروس.

ويصح الاستثناء مطلقا، سواء قلنا برجوعه اليهما حقيقة أو الى الأخيرة فقط، لكن مع عدم القرينة وهنا قرينة فيكون راجعاً الى المجموع المركب لتعذر رجوعه الى الأخيرة والى كلّ واحد واحد للأصل والضابطة وعدم الحمل على اللغو كما في الاستثناء المستغرق لما يليه كـ(الّا واحداً الّا اثنين الّا ثلاثة)، وان يرد عليه ان ذلك قاعدة مقررة، وليس هذا مثله، ولكن لايضرّ، لانه مؤيّد، وغيره يكفي لما قدمناه فتأمّل.

فما ذكره غير واضح، وكذا ماذكر انه مبني على اعتبار العود الى الجملتين أو الاخيرة، اذ قد عرفت مافيه، من تحرير محلّ النزاع وكلام العضدي فتأمل.

قوله: «ويبطل الاستثناء المستوعب» هذه القاعدة الثالثة المذكورة هنا

(١) يعني فتح باب مثل هذه الاحتمالات من اطلاق نصف الدرهم على الدرهم موجب لسد ابواب الاقرار.

....

اولها الاستثناء من الجنس حقيقة آه والثانية رجوع الاستثناء الى الأخيرة بعد الجمل المتعددة، والكل ظاهر بحمد الله، وان كانت الفروعات الكثيرة عليها في الكتب واضحة، ويتضح بالتأمل واعمال القوانين مع قطع النظر عمّا قيل فيها فشكل، فاستفهم الله يفهمك .



«المقصد السابع في الوكالة»

وفيه مطلبان (الأوّل) في أركانها:

قوله: «المقصد السابع في الوكالة الخ»

ترك تعريف الوكالة لظهوره، قال في التذكرة: الوكالة عقد شرّع للاستنابة في التصرف، وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع، بل بالعقل أيضاً(١).

(اما الاول)(٢) فمثل قوله تعالى: «فابعَثوا اَحدَكُم بورِقِكُم هٰذه الىٰ المدينَةِ الآيـة»(٣) (وأما الثاني)(٤) فكثير من طرقهم مثل رواية عـروة بـن سعيد البارقي،

---

(١) الى هنا عين عبارة التذكرة واما الأول الى آخر حديث فالظاهر اقتباس الشارح قده من عبارة التذكرة لاختلاف عبارته قده مع عبارة التذكرة (فراجع ج٢ المقصد السادس في الوكالة).

(٢) في التذكرة: اما الكتاب فقوله تعالى: «إنّما الصدَقات للفقراءِ والمَساكين والعامِلين علَيها»، فجوّز العمل وذلك بحكم النيابة عن المستحقين، وقوله تعالى: «فابْعثوا أحَدكُم بورقكُم هذه الى المدينةِ فليَنْظُر ايها أزكىٰ طعاماً فليأتِكم برزقٍ منه»، وهذه وكالة وقوله تعالى: «إذْهَبُوا بقَميصي هذا فألقوه عَلى وجْه أبي يأتِ بصيراً» وهذه وكالة.

(٣) الكهف - ١٩.

(٤) في التذكرة: واما السنة فما روى العامة عن جابر بن عبدالله قال: اردت الخروج الى خيبر فاتيت النبيّ صلّى الله عليه وآله وقلت له: اني اريد الخروج الى خيبر، فقال: اذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغىٰ منك آية فضع يدك على ترقوته وروي انه صلّى الله عليه وآله وكّل عمرو بن أُميّة الضميري في قبول

←

....

قال عرض للنبيّ صلّى الله عليه وآله جلب(١) فاعطاني ديناراً، وقال: ياعروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت اسوقهما واقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعث منه شاة بدينار واتيت النبيّ صلّى الله عليه وآله، فقلت: يارسول الله هذا ديناركم، وهذه شاتكم، وقال: وضعت كيف؟ فحدثته الحديث فقال: اللّهم بارك في صفقة يمينه(٢).

وهذه تدل على اشتراط صيغة خاصّة وعدم القبول لفظاً كما قاله الاصحاب، وقالوا أيضاً: هذه تدل على جواز الفضولي بيعاً وشراءً.

وفيه تأمّل، لان الفضولي خلاف الأصل وظاهر الآية والحديث من لزوم تجارة عن تراضٍ.

وهذه غير صحيحة، لانها منقولة من طرق العامّة وليس بمعلوم صحته بذلك الطريق أيضاً فكيف من طرقنا، ولاصريحة لجواز كون البارقي وكيلاً على سبيل العموم وكّله قبل هذا.

وأيضاً يحتمل ان يكون فهم منه صلّى الله عليه وآله الرضابمافعل بيعاًوشراءً، وانه اذا وكّل بشراء واحد بدينار، فيلزم الرضاء بشراء الضعف بذلك، ولأنه قال: اشتر لنا شاةً وما قال: (واحدة) وقد فهم العروة الاعم، ولأنه اذا عرض على كلّ عاقل وكّل في شراء شيء بشيء فشراه ضِعْفَه بذلك، رضي به اذا لم يظهر مانع،

نكاح أم حبيب بنت أبي سفيان ووكّل ابا رافع في نكاح ميمونة وروى عروة بن الجعد البارقي، قال: عرض للنبيّ صلّى الله عليه وآله فاعطاني الخ.

(١) والجلب بفتحتين مايجلب من بلد الى بلد (مجمع البحرين).

(٢) لم نعثر عليه بهذا التفصيل الى الآن نعم نقله إجمالاً في عوالي اللآلي ج٣ ص٢٥ فراجعه ولاحظ ماعلّق عليه، نعم نقله الشيخ أبو جعفر الطوسي عليه الرحمة في اواخر كتاب الوكالة من الخلاف مسألة ٢٢ مع اختلاف يسير في الفاظه.

وهي أربعة (الأوّل) الموكّل.

وكذا بيع نصف بعد الشراء بذلك الثمن.

وبالجملة لايمكن القول بجواز الفضولي بهذه مع ماتقدم، وقد تقدم البحث في ذلك في التجارة، فتذكّر.

ومن طرقنا أيضاً كثيرة، مثل ماسيأتي في احكام الوكالة في شرح قوله: (والوكالة جائزة من الطرفين آه)، مثل مافي صحيحة هشام بن سالم، عن ابي عبدالله عليه السلام (في حديث): ان الوكيل اذا وكّل ثم قام عن المجلس فامره ماضٍ أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة (يبلغه خ ئل) او مشافهة (يشافهه - يشافه ئل) (بالعزل ئل) عن الوكالة(١).

(وأما الثالث) فقال في التذكرة: فقد اجمعت الأُمة في جميع الاعصار والامصار على جواز الوكالة في الجملة.

(وأما الرابع) فلأن شدة الحاجة الى الوكالة ظاهرة، اذ لايمكن لكل أحد مباشرة جميع مايحتاج اليه من الافعال(٢)، وهو ظاهر.

«وأمّا أركانها الأربعة»

(فالأوّل) الموكّل، واشار الى شروطه المعتبرة في صحّة توكيله وصيرورته موكّلاً مع قطع النظر عن باقي الاركان بقوله: (وشرطه ان يملك مباشرة ذلك التصرف آه).

قد ظهر مما تقدم وجه اشتراط تملك الموكّل مباشرة مايوكّل فيه من الأفعال إما بحق الملكيّة كالمالك أو الولاية كالجدّ والأب والوصي أيضاً اذا كان وصيّاً على

---

(١) الوسائل باب ٢ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص٢٨٦.

(٢) وزاد في التذكرة: فدعت الضرورة الى الاستنابة فكانت مشروعة (انتهى).

وشرطه ان يملك مباشرة ذلك التصرف بملكٍ او ولاية.

الاطفال، فان له ولايةً كولاية الموصي والأبوين، ولكن ذلك في الوصي في اخراج الحقوق أيضاً، لانه يحصل له ولاية أيضاً كولاية الموصي، فان معنى وصيته اليه في الاخراج، جعله كنفسه في ذلك الأمر.

قال في التذكرة: يجوز للوصي ان يوكّل وان لم يفوض الموصي، اليه ذلك بالنصوصيّة لانه يتصرف بالولاية كالأب والجدّ لكن لو منعه الموصي من التوكيل وجب ان يتولى بنفسه، وليس له أن يوكّل حينئذٍ لقوله تعالى: «فمَنْ بدّله الآية»(١) ويجوز للحاكم ان يوكّل عن السفهاء والمجانين والصبيان من يتولّى الحكومة عنهم ويستوفي حقوقهم ويبيع عنهم ويشتري لهم ولانعلم فيه خلافاً(٢).

والظاهر ان مراده بالوصي وصيّ الأطفال، ويحتمل العموم فتأمّل، بل في وكيل الوكيل أيضاً ان جوز ذلك، سواء كان مفهوماً من توكيله في الامور الكثيرة التي لايمكن فعلها له بنفسه او من حيث توكيله في امور لابدّ فيها من اشياء لا تفعل ذلك عرفاً الّا غيره، مثل الحمل والكيل والوزن او صرّح له بذلك.

فقول التذكرة: (فاذا جعلناه وكيلاً للوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكّل مالكاً للتصرف بحق الملكيّة أو الولاية) محلّ التأمل، اذ بعد تجويز الوكيل للوكيل بأمر الموكّل صار له ولاية ذلك كما للموكّل.

ويؤيده ماقال في موضع آخر منها: (ويخرج عنه توكيل الوكيل، لأنه ليس بمالك ولاوليّ وانما يتصرف بالاذن، نعم لو مكّنه الموكّل من التوكيل لفظاً أو دلت عليه قرينة نفذ).

وكذا تأمّل، في قوله: (والعبد المأذون ليس له ان يوكّل فيما اذن له، لأنه انما يتصرف بالاذن، وكذا العامل في المضاربة انما يتصرف عن الاذن لا بحق الملك

(١) البقرة - ١٨١.
(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

فلا يصح توكيل الصبي، والمجنون، والمحجور عليه في المال والعبد.

ولا الولاية، فتأمل.

قوله: «فلا يصحّ توكيل الصبي الخ» وجه التفريع واضح، لأنه قد علم أنّ الصبي والمجنون حال صبوته وجنونه لايمضى تصرّفها، ولااعتبار به وتوكيلها بالطريق الأولى، بل توكيلها تصرّف وقد ثبت عدم صحته، وكذا المحجور عليه في المال، والعبد الّا ان يأذن له المولى.

ولكن قد مرّ البحث في الصبي المميّز واحتمال صحّة تصرفه مع الاذن وفي المعروف، فلو جاز ذلك له، يجوز له التوكيل كما مضى في الاقرار أنه اذا كان له ذلك قبل اقراره فيه.

قال في التذكرة: فلا يصحّ للصبي، ولاللمجنون، ولاللنائم، ولاللمغمى عليه، ولاالساهي، ولاالغافل، أن يوكّلوا، سواء كان الصبيّ مميزاً أولا، وسواء كانت الوكالة في المعروف أولا، وعلى الرواية المقتضية لجواز تصرف المميّز(١) أو من بلغ خمسة اشبار(٢) في المعروف ووصيته، ينبغي القول بجواز توكيله، وكذا لو وكل المجنون حال جنونه، ولو وكل حال افاقته صحّت الوكالة لكن لوطرأ الجنون بطلت الوكالة(٣).

---

(١) لعله قدس سره ناظر الى مارواه سليمان بن حفص المروزي عن الرجل عليه السلام قال: اذا تم للغلام ثمان سنين فجائز امره وقد وجبت عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية تسع سنين فكذلك (الوسائل باب ٢٨ حديث ١٣ من ابواب حدّ السرقة ج١٨ ص٥٢٦).

(٢) عن السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه، فقال أميرالمؤمنين: اذا بلغ الغلام خمسة اشبار اقتص منه واذا لم يكن يبلغ خمسة اشبار قضي بالدية ـ الوسائل باب ٣٦ حديث١ من كتاب القصاص ج١٩ ص٦٦.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة.

ولو وكل العبد في الطلاق والمحجور عليه للفلس والسفه فيما لهما فعله صحّ.

لعل دليل بطلانها بطريان الجنون والاغماء أو الحجر عما وكّل فيه، أنه حينئذٍ لايصحّ منه بنفسه، فمن وكيله بالطريق الاولى كما في الموت، وقد مرّ أنّ من شرائط الموكّل تملكه فعل ماوكّل فيه، ولاشك انه حينئذٍ ليس بمالك له عقلاً أو نقلاً إجماعاً.

هذا مؤيد لما سيجيء من ثبوت العزل بمجرد عزله وان لم يعلم الوكيل فافهم، ولكنه(١) منقوض بالنوم، فكأنّ دليلهم، الإجماع، وهو الفارق، وما اعرفه، فتأمل.

قوله: «ولو وكّل العبد في الطلاق الخ» قد علم ان سبب عدم صحّة توكيل العبد والمحجور عليه فيما حجر عليه، هو عدم صحّة تصرفهما فيما وكّلا فيه، فلو وكّلا فيما لهما التصرف فيه، فهو صحيح وماضٍ، مثل ان يوكّل العبد في طلاق امرأته فان له ذلك، إذ له ان يطلّق بنفسه، سواء منعه المولى أم لا.

والظاهر انه لاخلاف في ذلك، والأصل أيضاً يقتضيه، وكذا رواية: (الطلاق بيد من أخذ بالساق)(٢). وان كان للمولى جبره بالنكاح فلا منافاة، بل يزوّجه المولى بغير اذنه وان اراد هو يطلّق، وهكذا فتأمّل.

وقال في التذكرة أيضاً: وللمحجور عليه بالفلس والسفه أو الرق، ان يوكّلوا فيما لهم، الاستقلال حيث شاءوا من التصرفات، فيصحّ من العبد ان يوكّل فيما يملكه من دون اذن سيده كالطلاق والخلع وطلب القصاص، والمفلس، له التوكيل

---

(١) استدراك من قوله قده: لعلّ دليل بطلانها بطريان الجنون الخ فلا تغفل.

(٢) عوالي اللآلي ج١ ص٢٣٤ رقم ١٣٧ ولاحظ ماعلّق عليه ولاحظ الوسائل باب ٤٢ ج١٥ ص٣٤٠ وباب ٣٦ حديث ٥ و ٦ ص٣٣٧ من كتاب الطلاق تجد ماهو بمضمونه.

وللأب والجد له ان يوكلا عن الصبي، وكذا الوصى.
وليس للوكيل ان يوكل الا بالاذن الصريح او القرينة.

في الطلاق والخلع وطلب القصاص والنكاح والمعاملة بغير عين المال والتصرف في نفسه فانه يملك ذلك، واما ماله فلا يملك التصرف فيه.

واما مالايستقلّ احدهم بالتصرف فيه فيجوز مع اذن الولي والمولى.

وهو صريح في جواز التوكيل لهم بعد الاذن فينبغي ادخالها في الولاية او الملك بتصرّف مّا وهو ظاهر وحتى لايرد عليه ماأورده على توكيل الوكيل من قوله: (فاذا جعلناه وكيلاً للوكيل آه). كما نقلناه عنه فيما تقدم، وأيضاً صريح في جواز توكيله (توكيل خ) السفيه مع اذن الوليّ.

وفيه تأمّل فانه بمنزلة المجنون والصبي وقد منعنا عنه، وما اعتبر بايقاعه بحصول الولي أيضاً وبرضاه لعدم الاعتداد بعبارته وان كان ذلك محل التأمل عندي كما تقدم.

قوله: «وللأب والجدّ له الخ» وقد مرّ بيانه، ولعلّه لاخلاف فيه، وكأنه يريد بالوصي، الوصي على الأولاد، لان له ولايةً كالأب والجدّ، ويحتمل العامّ فان الوصي في الاخراج بعد موت الموصي مثله فيتصرف بالولاية لابالاذن، اذ لااذن بعد الموت، بل ولاوكالة، وبهذا يظهر الفرق بينه وبين الوكيل.

قوله: «وليس للوكيل أن يوكّل الا بالاذن الصريح او القرينة» سبب عدم امضاء توكيله، الأصل والاستصحاب فان التصرف في الامور المتعلّقة بالغير لايمكن الا باذنه عقلاً ونقلاً والاذن ماحصل له الا بالفرض، ولأنه ماصدر من الموكّل الا مايفهم منه الاذن له بالتصرف فقط وما فهم الاذن لغيره بالتصرف.

نعم لو فهم ذلك ولو بالقرائن يجوز له ذلك، مثل ماأشرنا اليه بل ولو بالعلم بأنّ غرضه فعل هذا الأمر من ايّ مباشر كان، ولاغرض له بفعل الوكيل خاصّة كما اذا قيل: بع في السوق الفلاني وعلم ان لاغرض له بالخصوص، بل انما قيد

....

لظنه انه لايباع بما يريد الا هناك ، واذا علم ذلك وحصل المشترى في غيره يبيعه.

وكذا لو قال: حجّ بالطريق الفلاني، بل حج الافراد مثلاً وعلم ان غرضه الافضل الا انه تخيّل انه الافضل فيجوز العدول عنه الى التمتع، والى غير ذلك الطريق وقد مرّ في كتاب الحجّ، فتذكر(١).

قال في التذكرة: اذا صرّح له بالتوكيل يصحّ إجماعاً، واذا منع لايصح إجماعاً، واذا كان خالياً عنها، فان كان للتوكيل في امر وعمل حال الوكيل مرتفع عن مثله، مثل ان يوكّل شريفاً مرتفعاً في البيع والشراء والفرض انه مرتفع لم يبتذل بالتصرف في الاسواق وكان عملاً يعجز عنه لكونه لايعلم ذلك ولايقدر عليه لكثرته ولم تمكنه الكل لكثرتها.

فادعى الإجماع في الأول على جوازه حينئذٍ أيضاً، قال في الأخير: ولانعلم فيه مخالفاً وله ان يوكّل فيما يزيد على قدر الامكان، وفي قدر الامكان اشكال اقربه ذلك أيضاً، لأنّ الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه فجازت في جميعه وقد يمنع ذلك، لان حصول الاذن في التوكيل هناك للعجز فلا يتعداه(٢) فتأمّل.

واما ماعدا ماتقدّم ـ وهو ماأمكنه فعله بنفسه ولايرتفع عنه عادته ـ فلا يجوز له ان يوكّل فيه الّا باذن الموكّل، لأنه لم يأذن له ولافهم منه اذنه، فلا يجوز كما لو منعه.

ثم قال(٣): اذا وكّله بتصرّف، وقال له: افعل ماشئت لم يقتض ذلك، الاذنَ في التوكيل، لأن التوكيل يقتضي تصرّفاً يتولّاه بنفسه وقوله: اصنع ماشئت

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة نقلا بالمعنى وقد لخّص قدس سرّه عبارة التذكرة فلاحظ البحث الثاني من التذكرة من قوله ره: مسألة، التوكيل على أقسام ثلاثة الخ.

(٣) يعني في التذكرة، وكذا ماينقله بعده من قوله ثم قال، ثم قال...

....

لايقتضي التوكيل، بل يرجع الى مايقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه، وهو أصحّ قولي الشافعي، وفي الثاني، ان له التوكيل، وبه قال أحمد واختاره الشيخ في الخلاف انه اطلق الاذن بلفظ يقتضي العموم في جميع ماشاء فيدخل في عمومه، التوكيل وهو ممنوع(١).

وقول الشيخ ليس ببعيد، إذ جملة (ماشاء) هو التوكيل، وأيضاً لو لم يشمل ذلك لم يفد شيئاً، اذ بدون هذا القول يعمل مايريد بقوله: (طلق امرأتي) فحصر (ماشئت) في فعلك بنفسك خروج عن عمومه الا ان يكون اللفظ ظاهراً في ذلك.

وبالجملة، انما المعتبر مايفهم من كلامه عرفاً أو يكون عند الوكيل لمعاشرته به قرائن يعرف بها مقصودة فيفعل مايفهم.

ثم قال: كلّ وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكّل الّا أميناً، لأنّه لانظر للموكّل في توكيل من ليس بأمين فينفذ جواز التوكيل فيما فيه الحظّ والنظر، كما ان الاذن في البيع يقتضي الاذن بثمن المثل الّا ان يعيّن له الموكّل فيجوز، سواء كان اميناً أو لم يكن، اقتصاراً على مانصّ عليه المالك (الى قوله(٢)) ولو وكّل اميناً فصار خائناً، فعليه عزله، لان تركه يتصرّف في المال مع خيانته، تضييع وتفريط آه(٣).

وكأنه يريد بـ(الأمين) العدل.

دليل الحصر غير ظاهر، وقوله: (لانه آه) في مرتبة المدّعي(٤)، على انه قد

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة. (٢) ولأن المالك قطع نظره بتعيينه ولو وكّل الخ.

(٣) على المالك، والوكالة تقتضي استيمان امين، وهذا ليس بأمين فوجب عزله وللشافعية وجهان في انه هل له عزله؟ (انتهى).

(٤) مبنياً للمفعول يريد ان قوله: لانه لانظر للموكل في توكيل من ليس بأمين بيان عين المدّعى وهو قوله ليس له ان يوكل الا أميناً.

....

يكون ممّن يوثق به من جهة الأمانة في المال وفيا وكّل فيه بحيث يعلم عدم خيانته فيه مع عدم العدالة والاستيمان المتعارف شرعاً ونجد من (في خ) الناس أمثاله، بل في الكفّار، على مايحكون الآن في الهند وغيره، ويفهم من قوله: «وَمِنْهُم مَن إِنْ تأمنه بِقِنْطارٍ يؤدّه إليك»(١)، الا ان يريد من الأمين ماقلناه.

ولعل ترك ذكر العلامة والاكتفاء بـ(الامين) لذلك.

قيل: ان العدالة الموجودة في بعض العبارات بهذا المعنى، وانه مسامحة، اذ لادخل هنا لاكثر من الأمانة فيا وكّل فيه ولايضرّ عدم عدالته خصوصاً اذا كان ترك (بترك خ) مروّة، مثل كشف رأسه في المجلس، فليس ببعيد اشتراط من يوثق بانه لايخون فيا وكّل فيه، ولأنه قد يكون التوكيل في ايقاع صيغة فقط من غير تصرف له في شيء من المال.

كما أنّ الظاهر ان ذلك كافٍ في الوصيّ والاجراء في العبادات أيضاً كما في بعض الروايات وعموم «وَمَنْ بدّله بعد ماسَمِعَه الآية»(٢)، فانه يدل على عدم تغيير الوصيّ وان كان غير عدل.

وأيضاً ترك العدالة في الروايات ـ والاشارة اليها الّا بالتوثيق في بعضها مثل صحيحة طويلة مشتملة على وصيّة أميرالمؤمنين عليه السلام(٣) ـ يشعر بعدم اشتراط العدالة.

---

(١) آل عمران ـ ٥٧ والآية ومن أهل الكتاب من ان تأمنه الخ.

(٢) البقرة ـ ١٨١.

(٣) الظاهر كونه اشارة الى صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج قال: بعث اليّ أبوالحسن عليه السلام بوصيّة أميرالمؤمنين وهي بسم الله الرحمن الرحيم (الى ان قال): فان وجد فيهم (يعني في بني علي) من يرضى بهداه واسلامه وامانته فانه يجعله اليه ان شاء الحديث ـ الكافي ج٢ ص٢٤٩ كتاب الوصايا باب صدقات النبيّ وفاطمة الخ.

....

وكذا حكمهم باجراء الوصايا من غير استفسار أن الوصيّ كان عدلاً أم لا، وكذا وكيل الوكيل هل هو عدل أم لا.

ويؤيّده(١) أيضاً جواز التوكيل من غير اشتراط العدالة في ايصال زكاة ونحوها الى المستحقين وما رأينا أحداً اشترط (شرط خ) ذلك الا انه يفهم ذلك من شرح القواعد في بحث الوكالة، ولاشكّ انه أحوط.

وما يدل على جواز التوكيل يفيده بعمومه وعدم استفصاله.

وكذا مايدل على الاعتماد بمن يعدّ لَه عدد الطواف(٢) والأشواط وعدد ركعات الصلاة(٣) فانه غير مقيّد بالعدالة، وترك التفصيل دليله.

وكذا رجوع الامام الى المأموم الواحد(٤) مع عدم اشتراط عدالته.

وكذا سماع قول من بيده شيء: انه وكيل(٥) للبيع وانه اشتراه.

والزوجة بانه خلصت عدتها ومات زوجها او طلّقها(٦) على ماسيأتي.

وقبول كرية الماء من الحمّامي وتطهير الثياب ممن قال: طهرته وتكرار (تكرير خ) الماء(٧)، وغير ذلك ولان قوله: (وكّل) شخصاً، او من تريد، ظاهر في تفويض الأمر الى التوكيل وليس مايخرجه من عمومه ويقيّده بالعدل، فالتقييد

---

(١) لاحظ الوسائل باب ٣٥ حديث ٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ ٥ من ابواب المستحقين للزكاة ج٦ ص١٩٣ـ ١٩٤ لكن في ١ و٤ منه دلالة على اعتبار الوثوق فلاحظ.

(٢) لاحظ الوسائل باب ٦٦ من ابواب الطواف ج ٩ ص ٤٧٦.

(٣) لاحظ الوسائل باب ٣٣ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة ج٥ ص٣٤٧.

(٤) لاحظ الوسائل باب ٢٤ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة ج٥ ص٣٣٨.

(٥) يمكن استفادته بالمراجعة الى احاديث باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم من الوسائل ج١٨ ص٢١٤.

(٦) لاحظ الوسائل باب ٢٥ من ابواب عقد النكاح ج ١٤ ص٢٢٧.

(٧) لم نعثر عليه الى الآن من الأخبار فتتبع.

....

خلاف الظاهر، بل لايجوز الّا مع المقيّد، ومجرد ماذكره لايكفي.

ولايقاس على اقتضاء التوكيل في البيع والشراء بثمن المثل، والصحيح، والنقد إن سلّم، للعرف أو الإجماع فانهما دليلان وليسا بمعلومين فيما نحن فيه.

بل الظاهر خلافه حيث ان العدل الذي يتوكل نادر، ولان الدليل في بعض، عدم امكان الوكالة، فهو يفيد عدمه، وكذا في وصي الوصي على تقدير جوازه.

فقياس اشتراط عدالة الوصي ووصيّه، على وكيل الوكيل كما فعله البعض(١) محلّ التأمّل، والاحتياط واضح لايترك ما أمكن.

وأيضاً الظاهر انه يريد بقوله(٢): (فعليه عزله) أخذ ماصرفه فيه من تحت يده ان كان وعدم تصرفه إيّاه، والا فهو معزول بعد الخيانة مع شرط عدمها.

وأيضاً يريد بقوله: (فيجوز، سواء كان أميناً أو لم يكن) أنه ان لم يعلم ان الموكّل انما عيّنه لاعتقاد امانته فيه، فتأمّل.

ثم قال: اذا اذن له ان يوكّل فاقسامه ثلاثة (الأوّل) ان يقول له: وكّل عن نفسك ففعل كان الثاني وكيلاً للوكيل وينعزل بعزله(٣) لأنه نائبه وهو احد قولي الشافعي. (والثاني) لاينعزل لأن التوكيل فيما يتعلّق بحق الموكل، حق الموكل، وانما (٤) جعله وكيلاً (موكلاً خ) بالاذن فلا يرفعه الا الاذن ويجري هذا الخلاف في انعزاله بموت الأوّل وجنونه والأصحّ، الانعزال(٥).

---

(١) قال الشهيد الثاني في الروضة في مقام الاستدلال على اعتبار العدالة في الوصي: ماهذا لفظه: ولانها (يعني الوكالة) استنابة الى الغير فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل (انتهى) فلعله المراد من البعض.

(٢) يعني العلامة في التذكرة في العبارة المتقدمة وكذا بعيد ذلك يريد بقوله الخ.

(٣) بعزل الاول اياه (التذكرة).

(٤) وانما حصّله بالاذن الخ (التذكرة).

(٥) الى هنا عبارة التذكرة.

....

والظاهر انهما ينعزلان معا بخروج الموكّل عن صلاحيّة التوكيل بالموت والجنون والحجر وينعزل الثاني أيضاً بخروج الأول عنها على الأوّل، وهو غير بعيد لانه متيقن جواز فعله قبل عزل الاول له، بخلاف مابعده، فلا يجوز تصرفه، ولأنه ماكان له التصرف الا باذنه وعلم هذا وما علم غيره، ولأن مقتضى العبارة كونه وكيلاً للأوّل فينعزل بعزله(١)، وكونه بحقه لاينافيه ولايقتضي ان يكون(٢) وكيلاً له بالمعنى المراد، ومع ذلك، القول الثاني لايخلو عن وجه فتأمل.

ثم قال(٣): (الثاني) لو قال: وكّل عني فوكل عن الموكّل فالثاني وكيل للموكّل كما ان الاول وكيل للموكّل(٤). (الثالث) لو قال: وكلتك بكذا واذنت لك في توكيل من شئت أو في ان توكّل وكيلاً أو في ان توكّل فلاناً ولم يقل (عنّى) ولا (عن نفسك) بل اطلق فللشافعيّة وجهان أحدهما أنّه كالصورة الأُولى (الى قوله): وأصحّهما عندهم انه كالصورة الثانية، وهو ان يكون وكيلاً للموكّل لأنّ التوكيل تصرّف يتولاه باذن الموكّل فيقع عنه، واذا جوّزنا للوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكّل عنه فينبغي له ان يوكّل عن موكّله، ولو وكّله عن نفسه فللشافعيّة وجهان آه(٥).

ولم يصرّح بفتواه في هذه الصورة، ولايبعد كون عدم ردّ دعواهم الأصحيّة ودليلها اشارة الى ان الثاني هو الأصحّ وهو الظاهر.

ويؤيده ماتقدّم من احتمال التوكيل عن الموكّل ودليله في صورة إذا قال:

---

(١) في عدة نسخ بدل قوله ره: (فينعزل بعزله) فيكون ذلك.

(٢) في علة نسخ: (ان لايكون) بدل (ان يكون).

(٣) يعني في التذكرة.

(٤) وليس لأحدهما عزل الآخر ولاينعزل أحدهما بموت الآخر ولا جنونه وانما ينعزل أحدهما بعزل الموكّل فايّهما عزل انعزل الثالث الخ ج٢ ص١١٦.

(٥) الى هنا عبارة التذكرة وتمامها: لأن القرينة المجوّزة للتوكيل كالاذن في مطلق التوكيل (انتهى).

ولو وكلّه في شراء نفسه من مولاه صحّ.

وكّل عن نفسك.

وبالجملة الظاهر ذلك، لان صاحب المال اذا اذن بتوكيل من يوكّل في بيع ماله انه يوكّله عن نفسه، ولأنه ثبت بذلك توكيله واذنه في فعل الثاني ذلك الموكّل فيه فعزله ومنعه عن ذلك يحتاج الى دليل، والأصل عدمه والاستصحاب يفيده.

فتأمل فيه فانه لايجري ذلك فيما تقدّم، وأيضاً، الظاهر انه في كلّ صورة يجوز له أن يوكّل، سواء كان مع تصريحه به أو سكوته مع فهم جوازه بالقرائن كما يشعر به قوله: (واذا جوزناه آه) فتأمل.

قوله: «ولو وكله في شراء نفسه من مولاه صحّ» أي لو وكّل شخص عبد غيره في شراء نفسه من مولاه صحّ الشراء.

دليله، العمومات مع عدم مانع، اذ ليس إلّا كونه مبيعاً ولايصلح لذلك.

وكأنهم ارادوا به ردّ قول بعض الشافعيّة بعدمه، وينبغي ان يكون باذن السيد كأنه يفهم ذلك بصدور الايجاب عن السيّد مخاطباً ايّاه وكأنّ ذلك كافٍ، واذا كان القبول مقدّماً يمكن أن يكون رضا السيّد وقبوله الدالّ على رضاه بالايجاب والإذن كافياً.

على أنّه قال في التذكرة: في توكيله في قبول النكاح بغير اذن سيّده وجهان (الى قوله): والحقّ ذلك (اي الجواز) ان لم يمنع شيئاً من حقوق السيّد وانما لم يجز قبوله لنفسه لما يتعلّق به من المهر ومؤن النكاح آه(١).

فكأنه لايعتبر اذن السيد في أفعاله الّا فيما يضرّه فتأمّل، والأصل دليل مع عدم الدليل وكذا تأمّل في الاكتفاء بما ذكر فيما تقدم، لأنه قد يقع بعض الصيغة مع

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

وللحاضر ان يوكل في الطلاق كالغائب على رأي.

عدم العلم بالاذن فتأمل.

قوله: «وللحاضر ان يوكّل في الطلاق كالغائب على رأي» الرأي اشارة الى خلاف الشيخ رحمه الله فانه لم يجوّز التوكيل في الطلاق اذا كان الزوج حاضراً في بلد التوكيل وايقاع الطلاق فيه.

ودليله الجمع بين الأخبار، مثل رواية زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتجوز الوكالة في الطلاق(١)- مع ضعف سندها.

ومثل صحيحة سعيد الأعرج، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل جعل أمر إمرأته الى رجل فقال: اشهدوا أني قد جعلت أمر فلانة الى فلان فيطلّقها أيجوز ذلك للرجل؟ قال: نعم(٢).

وغيرها من الروايات، والرواية تمنع الوكالة مطلقة.

ونقل في الاستبصار قولاً عن ابن سماعة(٣) بعدم جواز التوكيل في الطلاق مطلقاً، فلو كانت هذه الرواية(٤) حجّة صحيحة معمولة فمذهبه هو الصحيح ويخصّص بها العمومات.

وردّه الشيخ في الاستبصار وحمل رواية المنع على الحاضر وروايات الجواز على الغائب لصحيحة (بصحيحة خ) محمد بن عيسى (الى قوله)(٥): وأمرني ان اطلّقها عنه وامتعها بهذا المال وأمرني أن اشهد على طلاقها، صفوان بن يحيى وآخر

(١) الوسائل باب ٣٩ حديث ٥ من ابواب مقدمات الطلاق ج١٥ ص٣٣٤.

(٢) الوسائل باب ٣٩ حديث ١ من ابواب مقدمات الطلاق ج١٥ ص٣٣٣.

(٣) وقال ابن سماعة: ان العمل على الذي ذكر فيه انه لاتجوز الوكالة ولم يفصل، وينبغي ان يكون العمل على الاخبار كلها حسب ماقدمناه -الاستبصار ج٣ باب ١٦٦ الوكالة ص٢٧٩. وابن سماعة هذا يراد الحسن بن محمد بن سماعة ويظهر من هذا النقل انه كان مضافاً الى كونه محدثاً- ذا رأى أيضاً.

(٤) يعني رواية ابن سماعة وقوله قده: (فمذهبه) يعني مذهب ابن سماعة .

(٥) سينقل الشارح قده تمامها بعيد هذا.

نسي محمد بن عيسى اسمه والآمر أبوالحسن عليه السلام وهوغائب وهذه جعلها الشيخ دليلاً على الجمع وردّ مذهب ابن سماعة(١)، وهو كما ترى.

وهذه الرواية تدل على عدالة صفوان بل محمد بن عيسى أيضاً.

قال: بعث اليّ أبو الحسن ـ الرضا ـ عليه السلام رزم ثيابا(٢) وغلماناً ودنانير، وحجّة لي، وحجّة لأخي موسى بن عبيد، وحجّة ليونس بن عبدالرحمن وأمرنا ان نحج عنه وكانت بيننا مائة دينار أثلاثاً فيما بيننا فلما ان اردت ان اعبّي الثياب رأيت في اضعاف الثياب طيناً فقلت للرسول ماهذا؟ فقال: ليس يوجّه بمتاع الآ جعل فيه طيناً من قبر الحسين عليه السلام ثم قال الرسول: قال أبوالحسن الرضا عليه السلام: هو امان باذن الله وأمر بالمال بامور في صلة أهل بيته وقوم محاويج (لأبويه لهم(٣)) وأمر بدفع ثلاثمائة دينار الى رحيمة (رحيم يب صا) امرأة كانت له وأمرني ان اطلّقها عنه وامتّعها بهذا المال وأمرني أن أشهد على طلاقها صفوان بن يحيى وآخر نسي محمد بن عيسى اسمه(٤).

وفي هذه الرواية فوائد (منها) استحباب جعل تربة الحسين عليه السلام في

---

(١) فان الشيخ نقل أوّلاً روايات جواز التوكيل ثم نقل رواية المنع وهي رواية زرارة المتقدمة ثم قال: فلا ينافي (يعني مارواه زرارة) الأخبار الأولة (يعني الاخبار الدالة على الجواز) لأن هذا الخبر محمول على انه اذا كان الرجل حاضراً في البلد لم يصح توكيله في الطلاق والاخبار الاولة نحملها على جواز ذلك في حال الغيبة لئلا تتناقض الأخبار ثم قال وقال ابن سماعة الخ مانقلناه آنفاً ـ راجع الاستبصار ج٣ باب الوكالة في الطلاق ص٢٧٨.

(٢) رزم ثياب ـ الاستبصار.

(٣) ليست هذه الجملة في الاستبصار والوسائل نعم في التهذيب: (لامؤنة لهم) بعنوان النسخة وهو الصواب يعني قوم محاويج الذين لامؤنة لهم ينفقونها.

(٤) الوسائل باب ٧٠ حديث ٦ من ابواب المزار ج١٠ ص٤١٠ وباب ٣٩ حديث٦ من ابواب مقدمات الطلاق ج١٥ ص٣٣٤ والاستبصار ج٣ ص٢٧٩ حديث٧ من باب الوكالة في الطلاق والتهذيب باب احكام الطلاق ج٢ ص٢٦١.

وللحاكم ان يوكل عن السفهاء.

ويكره لذوي المروات مباشرة الخصومة، بل يوكلون من ينازع.

المتاع لحفظه وانه أمان، واستحباب اخراج الحجّة لمن كان حيّاً وتعددها، وجواز الطلاق غائباً، وعدم اشتراط الخلو عن الحيض حينئذٍ حيث ترك، وجواز العمل بالخط مع الرسول، وتقسيم المال على مقتضى الكتابة والتصرف في مال الغير، بل عدم الاحتياج الى صيغة للحجّة (للحج خ) فيصح جعله، وعدالة الجماعة ان اشترط في الاجير للعبادات، العدالة.

ويشعر باشتراط العدالة في الطلاق وصلة الرحم بالمال وايصال المال الى المحتاجين وتمتيع المرأة.

والظاهر الاكتفاء بالطلاق بقوله، واشتراط الشاهدين في الطلاق.

والظاهر هو المذهب المشهور وهو مختار المتن لعموم ادلّة الطلاق، فانه يصدق على طلاق الموكل مع الحضور، وانّه طلاق، وأنه ممّا يقبل النيابة في الجملة.

ولعموم ادلّة جواز التوكيل المتقدمة فانها عامّة، مثل صحيحة سعيد الأعرج(١)، فان ترك السؤال والتفصيل دليل العموم، على مابيّن في موضعه، مع ضعف رواية المنع(٢) وندور القول بمضمونها، بل لايبعد دعوى إجماع الاصحاب على ماتركه، وانما الشيخ حملها على الحاضر، وهي اعم من ذلك والقرينة ضعيفة أيضاً فتأمل.

قوله: «وللحاكم ان يوكّل عن السفهاء» وقد مرّ، وكأن دليله الإجماع.

قوله: «ويكره لذوي المروّات الخ» دليل الكراهة العقل والنقل، مثل ماروي عن أميرالمؤمنين عليه السلام انه قال: للخصومة قحماً، وان الشيطان

---

(١) الوسائل باب ٣٩ حديث١ من ابواب مقدمّات الطلاق ج١٥ ص٣٣٣.

(٢) راجع الوسائل باب ٣٩ حديث ٥ من ابواب مقدمّات الطلاق ج١٥ ص٣٣٤.

(الثاني) الوكيل، ويعتبر فيه البلوغ والعقل.

ليحضرها واني اكره أن احضرها(١).

والقحم بضم أوّلها وفتح ثانيها المهالك، ولكن الظاهر من الدليل كراهة الخصومة مطلقا، لعلّ عدمها لغير ذوي المروّات، لعدم اعتدادهم بالمكروهات وما قيل فيهم وما يقولون ولعدم تضييع الحقوق اذا (ان خ) لم يكن احد يخاصمه، ويمكن أن يكون مكروهاً لهم أيضاً الا انهم مايبالون، فتأمّل.

قوله: «الثاني الوكيل الخ» الركن الثاني هو الوكيل، لعل دليل اشتراط بلوغه وعقله يفهم ممّا تقدم، وكذا البحث في الصبيّ المميّز مع الرواية المسوّغة لتصرفاته في المعروف والوصيّة(٢).

وما نجد منه مانعاً مع التميز والمعرفة التامّة بان يوقع عقداً بحضور الموكّل، وان يكون وكيلا في ايصال الحقوق الى أهلها.

ويؤيّده ماذكره في التذكرة: وقد استثني في الصبي الإذن في الدخول الى دار الغير والملك وفي إيصال الهديّة(٣).

فانه اذا جاز التصرف في مال الغير واكله بمجرد قوله ويكون قوله في ذلك معتبراً، ففي مثل ماقلناه بالطريق الاولى.

ثم قال: وفي اعتبار عبارته في هاتين الصورتين للشافعيّة وجهان(٤).

الّا ان يقال: هناك قرينة دالّة على الاذن من غير قوله، فليس الاعتداد بمجرد قوله، فكأنه من باب الخبر المحفوف بالقرائن ولكن تجويزهم عامّ غير مقيّد بما قلناه فتأمّل.

ثم نقل عن أبي حنيفة جواز توكيل الصبي ان عقل بغير اذن الوليّ،

(١) لم نعثر عليه في كتب الحديث بهذه العبارة وان كان مشهوراً في الكتب الفقهيّة.

(٢) لاحظ الوسائل باب ٤٤ من كتاب الوصايا ج١٣ ص٤٢٨.

(٣و٤) الى هنا عبارة التذكرة.

والاسلام ان كان الغريم مسلماً.
ولايشترط الاسلام ان كان الغريم كافراً.

وقال(١): انه غلط لانه غير مكلّف فلا يصحّ تصرفه كالمجنون، فلعله إجماع عند الأصحاب والّا فدليله غير ظاهر فتأمل.

قوله: «والاسلام ان كان الغريم مسلماً» يعني يشترط كون الوكيل مسلماً اذا كان وكيلاً على المسلم، سواء كان الموكّل مسلماً أو كافراً، قال في التذكرة: عند علمائنا أجمع لقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكافِرينَ عَلَى المُؤمنينَ سبيلاً»(٢).

هذا غير بعيد فيما يحصل التسلّط والسلطنة، مثل ان يكون وكيلاً على المسلم باستيفاء حق عنه أو مخاصمةٍ ونحو ذلك واما اذا كان وكيلاً لأن يوقع عقداً لمسلم على آخر أو يعطيه ديناً ونحو ذلك، فما نجد مانعاً منه الّا ان يكون هذا إجماعيّاً لان لفظة (على المسلم) و(الغريم) من عبارات الأصحاب، وظاهر الآية لايدل على ذلك فتأمّل.

فالظاهر الجواز بناءً على الأصل وعموم ادلّة الوكالة وعدم الدليل على المنع.

قوله: «ولايشترط الاسلام ان كان الغريم كافراً» اي لايشترط الاسلام في مطلق الوكالة أو يكون مقيداً بقوله: (اذا لم يكن الغريم مسلماً)، ويؤيّده(٣)، مايوجد في بعض النسخ (ان كان الغريم كافراً).

قال في التذكرة: ويكره ان يتوكّل المسلم للذمّي عند علمائنا أجمع(٤)،

---

(١) يعني العلامة في التذكرة.

(٢) النساء - ١٤١.

(٣) الظاهر أن المراد انه لم توجد هذه الجملة في بعض النسخ وهذا يؤيّد كون المراد انه لايشترط الاسلام في مطلق الوكالة فعلى هذا يحتمل ان تكون لفظة (ما) نافية، والله العالم. (٤) الى هنا عبارة التذكرة.

وينبغي ان يكون فاهماً، عارفاً باللغة.

ولا تبطل بارتداد الوكيل.

ولايصحّ نيابة الوكيل المحرم في المحرّم عليه كعقد النكاح وشراء الصيد.

ويؤيده مايجده العقل من النقص حيث يكون تابعاً ومأموراً له باختياره وعدم ضرورته.

قوله: «وينبغي ان يكون فاهماً عارفاً باللغة» قال في التذكرة: يستحب ان يكون تام البصيرة فيما وكل فيه، عارفاً باللغة التي يحاوربها، واليه اشار هنا بقوله: (وينبغي) أي يستحب اختيار وكيل موصوف بهذه الصفة، أو يستحب لمثل هذا الشخص ان يتوكّل، ولعل وجهه ماظهر، ولكن ليس بمعلوم كون الاستحباب هنا بمعنى المتعارف المطلوب، منه الرجحان الأُخروي فتأمّل.

قوله: «ولا تبطل بارتداد الوكيل» وجهه ظاهر اذا كانت الوكالة فيما يصح للكافر والمرتد ابتداءً لانه كما لايضر ابتداءً لايضرّ حدوثه، وهو ظاهر.

وأما اذا كان فيما لايصحّ له مثل ان يكون وكيلاً على غريم مسلم، فيمكن بطلانها حينئذٍ كالابتداء ولو كان الارتداد عن فطرة، اذ ليس بواضح بطلانها حينئذٍ، لأنّ عدم صلاحيّة المرتد الفطري لشيء، غير ظاهر وان وجب قتله.

قال في التذكرة: لو وكّل المسلم مسلماً ثم ارتد الوكيل لم تبطل وكالته، وقال في موضع آخر: ولو وكّل مرتداً أو ارتد الوكيل لم يقدح في الوكالة لأن الردة تنافي تصرفه لنفسه، لالغيره.

كأنه اشارة الى أنّ الردة الفطريّة لا تؤثر في صلاحية التصرف للغير، بل لنفسه فقط، فانه يحجر عن ماله على ماقيل كما في الفلس والسفيه وما تقدم دليله حتى يعلم البطلان.

وقوله: (لايصح نيابة المحرم آه) كان ينبغي ذكر هذه في الركن الثالث

وللمرأة ان تتوكل حتى في نكاح نفسها و طلاقها.

وللعبد أن يتوكل باذن المولى (وان كان) (حتى خ) في عتق نفسه.

-- وللمحجور عليه للسفه، في المال وغيره.

ووجهه أنه لايصحّ النيابة فيما لايجوز فعله للنائب.

قوله: «وللمرأة ان تتوكل الخ» دليله عموم ادلّة الوكالة مع عدم دليل مانع، وكأنه إجماعيّ أيضاً عند علمائنا، قال في التذكرة: يجوز للمرأة ان تتوكّل في عقد النكاح إيجاباً وقبولاً عندنا آه.

وكأنه اشارة الى ردّ مذهب الشافعيّة من عدم جواز توكّلها في النكاح إيجاباً وقبولاً، قال في التذكرة: يجوز توكيل المطلّقة الرجعيّة في رجعة نفسها وتوكيل امرأة اخرى.

قوله: «وللعبد ان يتوكل الخ» قد مرّ مثله، ووجهه ظاهر، ولامانع الّا كون ماوكّل فيه متعلّقاً بالوكيل، وليس ذلك يصلح للمانعيّة، وهو ظاهر، وانما البحث في اشتراط توكّله باذن المولى، والظاهر العدم الّا ان يمنع بعض منافع السيّد أو يكون فيه ضرراً ما فتأمّل.

قوله: «والمحجور عليه للسفه والفلس الخ» دليله أيضاً عموم أدلّة الوكالة مع عدم مايصلح للمانعيّة، وهو كونهما محجوراً عليهما في الجملة، اذ لايستلزم منع التصرف في مال نفسه، منعه في مال غيره، اذ قد يلاحظ مال الناس دون مال نفسه، والأصل عدم الدليل، دليل حتى يثبت المنع.

وهذا مؤيّد لاعتبار عبارة السفيه وتصرّفه، وانه ليس بمسلوب القابليّة كالمجنون والصبيّ.

وقد يقال: يمكن كون تسليم المال اليه سَفَهاً، اذ قد يضيع ولايمكن أخذ

«الثالث فيما تصح فيه الوكالة»
وله شرطان، ان يكون مملوكاً للموكّل، وقبوله للنيابة.

البدل منه وان قيل: يأخذه من ماله في الجملة على مامرّ تفصيله، فيكون ذلك مستلزماً إمّا باضاعة ماله أو مال الوكيل فتأمل فانا مانجد قائلاً بالمنع.

قوله: **«الثالث فيما تصح فيه الوكالة الخ»** هذا هو الركن الثالث، ذكر المصنف هنا له شرطين وزاد في التذكرة ثالثاً، وهو ان يكون مابه التوكيل معلوماً ولو إجمالاً وهو ظاهر فكأنه لذلك تركه.

(أما الأوّل) فهو كون ماوكّل فيه مملوكاً للموكل، الظاهر ان مرادهم بكون التصرف فيه مملوكاً له، كونه ممّا يمكن له التصرف فيه عقلاً وشرعاً ولايكون ذلك ممنوعاً عنه لاعقلاً، ولاشرعاً.

ثمّ اعلم أن ظاهر عبارة التذكرة أن المراد به ثبوت ذلك للموكل من وقت التوكيل الى وقت الفعل حيث قال بعد قوله: (يشترط فيما يتعلّق به الوكالة ان يكون مملوكاً للموكل (الى قوله): وهو اصحّ وجهي الشافعيّة) الثاني انه صحيح ويكتفى بحصول الملك عند التصرف، فانه المقصود من التوكيل، وقال بعض الشافعية: الخلاف عائد الى أن الاعتبار بحال التوكيل أم بحال التصرف.

قال المحقق الثاني: فمن شرط صحّة الوكالة، ان يكون التصرف مملوكاً للموكّل في وقت صدور عقد التوكيل، والظاهر ان ذلك متفق عندنا وللشافعيّة خلاف.

والظاهر ان مراده ماتقدم، ولكن هنا اشكال، لان الظاهر انهم يجوّزون التوكيل للطلاق للموكّل في طهر المواقعة وفي الحيض أيضاً، وأيضاً يجوّزون التوكيل في تزويج امرأة وطلاقها، قبله، وكذا في شراء عبد وعتقه من غير نزاع.

قال في التذكرة: ولو وكله في شراء عبد وعتقه أو في تزويج امرأة وطلاقها

....

أو في استدانة دين وقضائه صحّ ذلك كلّه، لان ذلك مملوك للموكّل(١).

وأيضاً يجوزون التطليق الثلاثة مع رجعتين بينهما، ومعلوم جواز عقد القراض وهو مستلزم للبيوع المتعددة الواردة على المال مرّة بعد اخرى وليس بموجود حال العقد.

وبالجملة، لاشكّ في جواز التوكيل في أمر لايكون بالفعل للموكل فعله، بل بعد فعل آخر كما مثلناه وجمع ذلك مع قولهم هذا الشرط، مشكل.

وأيضاً يلزم ان يكون الاذن في مال لم يكن مالكاً له لايصحّ فيشكل الأكل والتصرف فيما جوّز لوكيله وغيره، مثل ان يجوز له التصدق واخراج الزكاة وغير ذلك ممّا يدخل في ملكه بعد ذلك بنحوما، وكذا فيمن اباح ماله، وما يتملك لشخص، وفي مثل ان يقول له شخص: (انه كلما جئت ماءَ النهر، اشرب وتوضأ) (وكل مارايت من اموالي) فيلزم عدم الصحّة الاّ في الموجود وذلك بعيد جداً، وجواز القراض ونحوه صريح في منعه.

فهذا الشرط غير متحقق اعتباره لي، سواء قلنا: وقت التوكيل فقط أو يستمرّ الى وقت الفعل.

وكذا الإذن في مال، ليس بمالك الآن لايصحّ، وأيضاً مانجد فرقاً بين قوله: (أنت وكيل في طلاق امرأة سينكحها) وعتق عبد سيشتريه أو بيعه، وهو مصرّح بالمنع في الكتب من التذكرة والقواعد، والشرايع، والمتن، وبين ماذكرناه.

والفرق الذي ذكره في التذكرة يفهم من كلام المحقق الثاني(٢) في صحّة التوكيل بالرجوع ـ في ضمن قوله: طلق امرأتي ثلاثاً ـ لأنه محمول على الطلاق

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) الاولى ان يقول: الفرق الذي يفهم من التذكرة ذكره المحقق الثاني الخ.

....

الشرعي وهو لايتم الّا بالرجعة(١).

ولو علم ان المقصود (مقصوده خ)، المفارقة بالكلّية فيقوى القول بالاستلزام حيث اجاب عن قوله(٢): ان ذلك توكيل في تصرف لايملكه الموكّل وقت التوكيل، فان الرجعة انما يملكها بعد الطلاق فحقه ان لايصح ذلك، بانه ليس ببعيد ان يقال: إنّ التوكيل في مثل ذلك جائز، لأنه وقع تابعاً لغيره ونحوه مالو وكّله في شراء شاتين وبيع أحدهما، اما لو وكله فيما لايملكه استقلالاً كما لو وكله في طلاق زوجة سينكحها فانه لايصح، والفرق بين وقوع الشيء أصالة وتابعاً كثير، لان التابع واقع (وقع خ) مكملاً بعدد الحكم بصحة الوكالة واستكمال (واستكمل خ) اركانها وقد وقع الايماء الى ذلك في التذكرة(٣).

فكأن الخلاف الذي سبق، فيما اذا خصص بيع ماسيملكه مثلاً بالتوكيل اما اذا جعله تابعاً لأمواله الموجودة في الحال فيجوز هذا، كما أنّه لو قال: وقفت على من سيولد من أولادي لايجوز ولو قال: (على أولادي ومن سيولد جاز).

وأنت تعلم أن كلام التذكرة والمحقق مشعر بعدم دليل لهم على ذلك، بل

---

(١) حاصله انه لو وكّله في التطليق بقوله: طلق امرأتي ثلاثاً يفهم منه التوكيل في الرجعة، نظير اعتق عبدك عني، فانه يصح الطلاق ثلاثاً الّا بتخلّل رجعتين فقوله قده لأنه محمول الخ بيان كلام التذكرة وقوله قده: حيث اجاب نقل لجواب المحقق الثاني ره بقوله: ان ذلك الخ.

(٢) من هنا الى قوله قده في التذكرة عبارة المحقق الثاني في جامع المقاصد والاولى نقل اول كلامه ره الى هنا وكذا نقل باقي عبارته قال ـ في ذيل عبارة القواعد وهي لو قال اشترِ لي من مالك كرطعام الخ ـ: ماهذا لفظه فرع لو قال: طلق زوجتي ثلاثاً فهل يكون وكيلاً في الرجعتين بينهما؟ لااستبعد ذلك، نظراً الى أن الموكّل فيه، هو الطلاق الشرعي ولايتم الّا بالرجعة ولو علم منه انه يريد بذلك البينونة فالحكم على ماقلنا حينئذٍ أقوى، لكن يرد عليه ان ذلك توكيل الخ.

(٣) وتمامه: في تخصيصات الموكّل في آخر الكلام، على مالو وكّله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين وباع أحدهما (انتهى).

....

عدم الجزم عندهم عليه، فانه مجرد الإمكان والاحتمال.

على ان الفرق غير واضح، اذ جعل(١) الغير الحاضر تابعاً للحاضر وفرعاً له، مع انه قد يكون الحاضر قليلاً جداً، وانما المقصود هو غير الحاضر لاحتمال التفصي عن الاشكال من غير دليل واضح بعيد.

على ان كلامهم ناقص، اذ الشرط غير موجود في الغائب فلابدّ من التصرف والتخصيص في عباراتهم في الشرط.

وان قوله: (لان التابع واقع (وقع خ) مكمّلاً آه) لاينفع، اذ كمال الوكالة في شيء لاينفع لوكالة شيء آخر، فان تمام الوكالة في الطلاق لايؤثر من الوكالة في الرجوع، وكذا شراء شاتين في بيع أحدهما، وكذا التزويج في الطلاق وغير ذلك، وهو ظاهر.

على انه ليس بتامٍ في رفع جميع الاشكالات المتقدمة.

على انا مانجد عليه دليلاً أصلاً من كلام المحقق سوى مافهم من قوله: (والظاهر انه متفق عليه) فانه يشعر بالإجماع، وليس بواضح مع وجود مايناقضه في كلامهم كما مرّ.

وبالجملة، مانجد دليلاً على هذا الشرط على الوجه المذكور مع الاشكالات المتقدمة، فلو كان دليلاً عليه وعلى خلافه ـ مثل جواز التوكيل في الحيض ـ لأمكن الجمع بالتخصيص لذلك، والقول به في الجملة.

ويدل على عدم الاشتراط حال التوكيل، الأصل وجواز مثله، مع عدم الدليل، وعدم التصريح في اكثر الكتب ـ بان المراد، الاشتراط وقت التوكيل لاوقت الفعل، ووضوح دليل اشتراطه حال فعل الموكّل فيه.

---

(١) الظاهر ان قوله: (اذ جعل الخ) مبتدأ وخبره قوله: (بعيد).

فلو وكله في طلاق زوجة سينكحها أو عتق عبد سيشتريه لم يصح.

وهو(١) ان الزوجية مثلاً شرط للطلاق اذا طلّق بنفسه، وكذا بوكيله، لانه طلاق، ولأنه فرع وقائم مقامه وليس عدم جواز توكيل المحرم في النكاح والصيد دليلاً على اعتباره حال التوكيل، لاحتمال كون ذلك لدليل خاصّ، مثل انه استمتاع بالزوجيّة (الزوجة خ) في الجملة، أو أنه نصّ صريح في ذلك، أو أنه مجمع عليه، ولو لم يكن شيء منها لاينبغي القول به أيضاً وقد مرّ في بحث الحج(٢) تحقيق ذلك.

وكذا الكلام في الوقف على المعدوم وعليه وعلى الموجود والحاصل ان القول بغير دليل واضح في المسألة مشكل، وما ذكر من الفرق(٣)، يصلح بطريق المنع في جواب المعترض المستدل، والقول بانه شرط في وقت الفعل فقط، هو مقتضى الدليل.

واخراج(٤) مالايصلح (لايصح خ) مثل التوكيل على طلاق من سينكحها وعتق من سيشتريه، بدليل من اجماع ونحوه ان كان، ولكن القول به أيضاً مع دعوى انه متفق عليه، ظاهر وعدم صريح القول، بخلافه مشكل أيضاً.

فهي من المشكلات كسائرها من هذا الوجه، والا فالظاهر هو الأوّل، ويؤيّده عموم أدلّة الوكالة.

ويمكن اختيار وقت التوكيل أيضاً واخراج ماتقدم بالإجماع ونحوه فتأمل.

---

(١) يعني دليل اشتراطه ان الخ.

(٢) راجع ج٦ص ٢٧٠-٢٧٤، وج٧ص٢٩و٣٠.

(٣) يعني المحقق الثاني في عبارته المتقدمة بقوله ره: والفرق بين وقوع الشيء الخ.

(٤) مبتدأ وخبره قوله قده: بدليل.

ولو وكله فيما يتعلّق غرض الشارع بايقاعه مباشرة كالنكاح، والقسمة، والعبادات ـمع القدرةـ الا في الحج المندوب وأداء الزكاة، لم يصحّ، ولو وكّله فيما لايتعلّق غرض الشارع بايقاعه بالمباشرة، صحّ كالبيع.

قوله: «ولو وكله فيما يتعلّق الخ» اشارة الى تحقيق الشرط الثاني، وهو قبول فعل الموكّل فيه، للنيابة.

قال في التذكرة: الضابط فيما يصحّ النيابة فيه وما لايصحّ ان نقول: كل ماتعلّق به غرض الشارع بايقاعه من المكلّف مباشرةً لم يصحّ فيه الوكالة، واما مايتعلّق غرض الشارع بحصوله من مكلّف معين، بل غرضه حصوله مطلقا فانه يصحّ فيه الوكالة آه.

هذا ظاهر الّا انه في تحقيق ذلك الغرض تأمّل، والظاهر انه يعلم بالنصّ الصريح، وما يفهم من ظاهره مثل العبادات كالطهارة والصلاة الّا انه ورد النص بجواز التولية و(في ظ) الطهارة(١) مع العجز والحج الواجب(٢) كذلك، والمندوب(٣) مطلقا.

وبالجملة، الظاهر من الخطاب التكليفي البدني، المباشرة بنفسه حتى يعلم جواز النيابة بدليلٍ وأما غيره ـمثل العقود كالانكحة والمعاملات وبعض الايقاعات كالطلاقـ بخلاف البعض الآخر كالنذورـ فان الظاهر منها(٤) بحسب التأمّل

---

(١) لعل نظره قدس سرّه من جواز التولية في الطهارة هوقوله عليه السلام في رواية سليمان وعبدالله بن سليمان (في حديث): فدعوت الغلمة فقلت لهم: احملوني فاغسلوني الخ فراجع الوسائل باب ١٧ حديث١ من ابواب التيمم ج٢ ص٩٨٦.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٤ من ابواب وجوب الحج ج٨ ص٤٣.

(٣) راجع الوسائل باب ٢٥ من ابواب النيابة في الحج ج٨ ص١٣٨.

(٤) يعني من العقود الخ.

....

جواز التوكيل، ولهذا ورد النص(١) بالجواز أيضاً.

ويؤيّده صدق العقود والايقاعات فيجب الوفاء به لعموم أدلّتها، بخلاف النذور والغصب والإيلاء والظهار وهو ظاهر.

والحاصل انه قد يعلم بالتأمّل وبالنص، وان لم يعلم فلا يجوز، وينبغي التأمّل في ذلك في كلّ مادّة بخصوصها.

فالظاهر جواز التوكيل في أداء الماليّات مثل اخراج الخمس والزّكاة وايصالها الى اهلها، فان الظاهر ان الغرض ايصالها الى أهلها على وجهها ولاغرض بخصوص صاحب المال وقد ورد به الشرع أيضاً وقد مرّ.

فقوله(٢): (ولو وكّله فيما يتعلّق به غرض الشارع بايقاعه مباشرة كالنكاح- أي الوطي -والقسمة- أي قسمة الليل بين الزوجات بأن يكون كل ليلة عند واحدة من الأربع مثلاً -والعبادات- أي البدنية -مع القدرة- أي بخلاف العجز-فانه قد يجوز فيه التوكيل، مثل الطهارة(٣) لافي مطلق العبادات شرط، جزائه (لم يصحّ) أي لم يصحّ الوكالة في الكل.

وقوله: (الا في الحج المندوب وأداء الزكاة) مستثنى منقطع(٤) من قوله: (فيما يتعلق آه) وقع بينه وبين حكمه، ويمكن جعله متصلاً أيضاً بتكلّف مّا أو يكون مستثنىً من العبادات بشرط القدرة أي لايصحّ التوكيل في العبادات مطلقاً مع

---

(١) ورود النص في مثل عقود الانكحة وسائر المعاملات لايحتاج الى ذكر مواضعها فان كتب الحديث مشحونة.

(٢) يعني المصنف.

(٣) قد تقدم آنفاً محلّ ذكرها.

(٤) يريد ان المستثنى منه وهو قوله في مايتعلق غرض الشارع والمستثنى وهوالحج المندوب الخ وحيث لم يكن داخلاً في المستثنى منه فيكون منقطعاً.

وعقد النكاح والطلاق وان كان الزوج حاضراً على رأى، أو كان الوكيل فيه الزوجة على رأي.

القدرة الّا في الحج المندوب وأداء الزكاة فانه يصحّ فيهما مطلقا، فيكون العبادة اعم من البدنيّة والماليّة.

هذا هو الظاهر من العبارة ولكن يبقى بعض الافراد الأُخر مثل أداء الخمس والنذورات والكفارات، وكأنه اشار الى البعض وترك الباقي للظهور.

ويلزم أيضاً كونها ممّا يتعلّق الغرض بمباشرته بخصوصه مع جواز التوكيل، وهو خلاف الضابط (الضابطة ـ خ) فتأمّل.

قال في التذكرة: واما الزكاة فيجوز فيها النيابة في أدائها فيؤديها عنه غيره، وكذا كلّ ماتعلّق بالمال من الصدقات الواجبة والمندوبة والخمس، فانه يجوز التوكيل في قبض ذلك كله وتفريقه ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها وتفريقها ودفعها الى مستحقها، ويستنيب الفقراء والامام أيضاً في تسلمها من أربابها.

قوله: «وعقد النكاح والطلاق الخ» اشار بقوله: (عقد النكاح) الى أن المراد بالأول هو الوطء، وقد مرّ البحث في الطلاق مفصلاً، وكأنه اعاده للاشارة الى انه يمكن جعله من شرط الموكّل كما تقدم(١)، ومن شرط الموكّل فيه أيضاً واعاد صحّة كون الزوجة وكيلاً في طلاق نفسها، للاشارة الى الخلاف بعدم الجواز وكان ينبغي ذكره في شرط الوكيل لما ذكر جواز كونها وكيلاً في الطلاق.

وكأنّ الرأي اشارة الى قول الشيخ، وابن ادريس بمنع صحّة توكيلها (توكلها خ) في طلاق نفسها للمنع من اتحاد المطلّق وما يتعلّق به الطلاق، وما يفهم(٢) مانعيته وعموم أدلة الطلاق ينفيه.

---

(١) عند شرح قول المصنف: فلو وكّله في طلاق زوجته الخ.

(٢) نافية يعني لايفهم مانعيّة الاتحاد بل اطلاق ادلّة الطلاق وعمومها ينفيها.

والمطالبة بالحقوق واستيفائها ولايجوز في المعاصي كالسرقة والغصب والقتل، بل احكامها تلزم المباشر.

وفي صحّة التوكيل باثبات اليد على المباحات كالاصطياد اشكال.

قوله: «والمطالبة بالحقوق الخ» وجه الصحّة ظاهر ممّا تقدم، لعلّه لاخلاف فيه كعدمها في فعل سائر المعاصي التي هي حقوق الله أو حقوق الناس، مثل السرقة، فان عقابها وعوضها، انما يلزم المباشر لا الموكّل والآذن وان كان له أيضاً عقاب بالاذن (وهو ظاهر خ).

قوله: «وفي صحّة التوكيل باثبات اليد الخ» وجه الاشكال،يمكن ان يكون الاشكال في ان المباحات تملك قهراً مع النيّة، فعلى الأوّل لا تصح الوكالة وهو ظاهر، وعلى الثاني تصحّ وهو ظاهر أيضاً.

وامّا تملّك المباحات فالظاهر انها تملك بالإحياء للاخبار الصحيحة(١) الصريحة في ذلك، والظاهر ان ذلك لايمكن الّا عن قصد.

وكذا بالاصطياد والاحتشاش والحيازة مع القصد بمعنى صدوره واختيار مع عدم قصد التملك لغيره فلا يدخل في ملكه قهراً ومن غير اختياره قصد أم لا، بل قصد عدمه أيضاً أو كان غافلاً(٢) أو ساهياً أو نائماً أو سكرانا وغير ذلك.

فالظاهر انه يكفي قصده الاحتطاب مثلاً لنفسه لان يبيع أو غيره.

والذي يدل عليه أنه يبعد دخول مال في ملك أحد قهراً، فان ذلك في موضع معيّن مثل الميراث، والأصل ينفيه أيضاً ولامعنى لعدم الملكيّة أصلاً فان الله تعالى قال: «خَلَقَ لَكُم مافي الأرْضِ جَميعاً»(٣) أي للانتفاع بما فيه ومنه التملك.

---

(١) راجع الوسائل باب ١ ـ ٢ ـ ٣ و٤ من كتاب احياء الموات ج١٧ ص٣٢٦.

(٢) في عدة نسخ او ساهياً الخ بالواو مكان (أو) والا صوب ما اثبتناه.

(٣) البقرة ـ ٢٩ والآية الشريفة هكذا: «وهو الّذي خَلَقَ الخ».

....

والظاهر انه لاخلاف في جواز التصرف فيه بمجرد الحيازة، مثل تصرف الملاك ، مثل البيع والهبة، وذلك لم يمكن الآ مع التملك ولامعنى لكون البيع مملكاً ولاشيء قبله يصلح لـه الآ الحيازة، فذلك هو الملك ولانه يحكم بالملكيّة بوجوده في اليد مع العلم بأخذه بالحيازة، لأنّ اليد دليل الملك شرعاً مطلقا مالم يعلم عدمه.

ولهذا يصحّ الشهادة عليه بسبب وجوده في يده، فالشارع يحكم بانه ملكه والفرض عدم سبب آخر له غير الحيازة فوجد حكم الشارع بانه ملك بالحيازة.

ولأنّ الحيازة مع القصد والنيّة مملك بالإجماع (قال في شرح الشرايع خ) على الظاهر فخرج عن الأصل لذلك وبقي غيره تحته فتأمل.

والظاهر ـ وأصل أفعال المكلّف العاقل الغير الغافل مع ان الأصل عدم الغفلة فيحكم بعدمه، مع عدم العلم ـ انه لايصدق الآ مع القصد.

فلا يرد ان الأصل عدم التملك، والتصرف اعم منه، ولأنه قد يغفل أو يذهل فلا يكون مالكاً أو يقال: انه يكفي عدم قصده للغير فلا يحتاج الى قصده لنفسه، للأصل و لبعد دخوله قهراً عليه في ملكه، وان الظاهر(١) يكفيه قصد الاحتطاب لنفسه وكونه غير غافل فان مرجعه الملك لما عرفت، الآ ان يقصد غير ذلك . والأصل عدمه، فيحكم ـ بظاهر الشرع ـ بالملك ويكون بينه وبين الله غير ذلك .

وأيضاً الظاهر انه يجوز له التملك بعد الحيازة ولو بقصد (بفعل خ، لفعل خ) شيء موقوف عليه مثل البيع فتأمّل.

والظاهر ان المميّز المتمكن من القصد، مثل البالغ العاقل ولاحكم لفعل

---

(١) وحاصل مرامه قده أن هنا عناوين ثلاثة (احدها) قصد الاحتطاب مثلاً مع قصد التملك (ثانيها) قصد الاحتطاب فقط (ثالثها) قصد عدم التملك فيحكم بالملك في الأولين دون الآخر فلو شككنا انه قصد عدم الملك أم لا فالأصل عدم قصد هذا القصد فيحكم بالملك أيضاً الله العالم.

وكذا الاشكال في التوكيل في الاقرار.

غيره مثل البهائم فتأمّل فان المسألة من المشكلات ولهذا اختلف فيه العلماء من العامّة والخاصّة (فبعض) قال بالتملك بمجرد الحيازة بالقهر، (وبعض) بها مع قصد التملك، (وبعض) بها (معها خ) مع عدم نية التملك للغير.

ثم ان الظاهر حينئذٍ جواز التوكيل في الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش، وسقي الماء من البئر المباح وحيازة الماء من النهر والتحجير، بل الاحياء أيضاً على تردد فيه، وكذا الاجارة والجعالة والتبرع، لأنها افعال تقبل النيابة، وانما تقع للفاعل بالقصد وعدم قصد الغير، ولعموم ادلّة الوكالة، والاحتياط واضح لايترك.

واما الالتقاط فالظاهر انه يحصل قهراً للملتقط فلا يدخله النيابة، ويؤيده عموم الأدلة الدالة على وجود احكام الالتقاط في الملتقط المتصرف بالفعل فتأمّل.

قوله: «وكذا الاشكال في التوكيل الخ» وجه العدم أن الاقرار اخبار عن حق الغير في ذمّة المقر، واقرار الغير على ان في ذمته شيء(١) لغيره شهادة عليه، وأنّ الأصل براءة الذمة ولم يعلم كون ذلك اقراراً مثبتاً في الذمة شيئاً.

ووجه الصحّة عموم أدلّة الوكالة من غير وجود مانع، والظاهر انه ممّا يدخله النيابة، ولاينبغي ان يقال: وجهه ان فعل الوكيل فعل الموكل، لأنه دور ولاالقياس الى التوكيل في البيع لأنه قياس، ولاقوله تعالى: «فَلْيُمْلِل وليّه»(٢) لانه غير ظاهر كونه وكيلاً، بل الظاهر من الولي غير الوكيل.

وأما تأييد(٣) ذلك بما قيل(٤): (ولهذا لو انكر المولّى عليه بعد زوال العذر

---

(١) هكذا في النسخ المخطوطة والمطبوعة والصواب (شيئاً) بالنصب. (٢) البقرة ـ ٢٨٢.

(٣) يعني تأييد ارادة الوكيل بأن انكار المولّى عليه بعد كماله ـ بالبلوغ والعقل ـ ماعمله الولي غير موجب للمؤاخذة على الولي كما ان انكار الموكل عمل الوكيل بعد تحققه غير مفيد.

(٤) القائل هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ص٤٩٠ حيث قال: واملال الوليّ ليس اقراراً ولهذا لو انكر المولى عليه الخ.

....

لم يؤاخذ به) فغير ظاهر.

والظاهر هو الثاني وهو مذهب الشيخ والتذكرة، لان أصل البراءة مندفع بالدليل، ولازم الاقرار هنا موجود، فان قوله: (أقرّ بوكالتي) أو (وكلتك في أن تقر عن لساني أن لزيد علي ألف دينار) مثلاً متضمّن مثل قولك: (ان ذلك في ذمتي، فاخبره عني فاقرارك بمنزلة اقراري) وان كانت عبارة التوكيل انشاءً، اذ لامعنى لقوله: (وكّلتك في ان تقول: في ذمتي لزيد كذا) الّا ان ذلك حق، فاذا اخبرت اخبرت بما في ذمّتي فقل أنت، وهو الظاهر، وشرطيّة كون المقرّ من في ذمّته ممنوع، فان وكيله مثله فتأمّل.

وحينئذٍ، الظاهر ان هذا التوكيل اقرار، قال في التذكرة: صورته ان يقول: وكّلتك لتقرّ عني لفلان، وقال أيضاً: قوله: أقرّ عني بكذا، وقال: فان قلنا بصحّة التوكيل ينبغي ان يعيّن للوكيل جنس المقرّبه وقدره ولو قال: أقرّ عني بشيء لفلان طولب الموكل بالتفسير(١).

يعني ظاهر انه على تقدير صحّة التوكيل كون هذا التوكيل اقراراً، لما عرفت، فان سبب كونه صحيحاً انه متضمّن لاقرار على تقدير اقرار الوكيل بذلك، بل البحث حينئذٍ ـ انه يصحّ التوكيل أم لا ـ عبث لا ثمرة فيه وهو ظاهر.

فاندفع وجه طرف(٢) الاشكال الآخر، بان الاقرار اخبار والتوكيل انشاء فلا يكون اقراراً، لوجود الفرق بينهما باللوازم وغيره، فان الأوّل يحتمل الصدق والكذب، وله خارج بخلاف الثاني، لما عرفت ان التوكيل في الإقرار متضمّن للخبر اللازم له فيؤخذ بذلك فتأمّل.

---

(١) الى هنا عبارات التذكرة قطعة قطعة فراجع اواخر النظر الثالث من البحث الرابع من كتاب الوكالة.

(٢) اشارة الى رد الاشكال المذكور في وجه العدم بقوله: ان الاقرار اخبار الخ.

....

وظهر حينئذٍ وجه تفريع(١) القواعد بقوله: (فان ابطلناه في جعله مقرّاً بنفس التوكيل نظر).

لانك قد عرفت انه على تقدير صحّة التوكيل والقول به ظاهر كونه اقراراً، لان سبب الصحّة كونه دالاً على اقرار، وأنه إذن في الاقرار لغيره بما هو في ذمته، فانه مالم يسلم ذلك لم يمكن القول بالصحّة.

ولهذا قال فخر المحققين في شرحه(٢): (ثم اختلف القائلون بعدم الصحّة، فهم من قال: يكون توكيله واذنه له في الاقرار اقراراً منه، لأنه اخبر عن حق عليه لخصمه) وقال غيره: لايكون ذلك اقراراً لأنّ التوكيل في الشيء لايكون اثباتاً لنفس ذلك الشيء كالتوكيل(٣) في البيع آه.

وقد عرفت دفع الوجه الثاني وانه قياس -على البيع- مع الفارق.

فقول المحقق الثاني -في شرح القواعد: (ولايخفى ان عبارة المصنف لاتخلو عن مناقشة، لان تفريع احتمال كونه مقراً بنفس التوكيل على القول ببطلان التوكيل، غير ظاهر، بل ذلك آتٍ على تقدير البطلان والصحّة فكان حقاً ان يقول: وفي كونه مقراً بنفس التوكيل نظر كما صنع في الارشاد (٤) لايخلو(٥) عن مناقشة، لما عرفت.

على ان ليس في عبارة القواعد مايدل على أنّ احتمال كونه مقراً بنفس التوكيل متفرع على القول بالبطلان، بل النظر في وجه ذلك متفرّع عليه، فقد يكون

(١) المفرّع هو المصنف في القواعد حيث قال: وفي التوكيل على الاقرار اشكال فان ابطلناه الخ.

(٢) الظاهر أنّ المراد في شرح هذا التفريع، ويحتمل ارادة ان الفخر قال في الايضاح الذي هو شرح للقواعد والله العالم.

(٣) كما ان التوكيل في البيع لايكون بيعاً (الايضاح ج٢ ص٣٤٠ طبع قم).

(٤) الى هنا عبارة جامع المقاصد.

(٥) خبر قوله قده: فقول المحقق الثاني.

ولايقتضي ذلك اقراراً.

ولايشترط في توكيل الخصومة رضا الغريم.

ذلك باعتبار عدم النظر، فاما ان لايكون هناك احتمال كونه اقراراً اصلاً كما فهمه أو باعتبار تعين كونه اقراراً فلا يحتمل العدم فينبغي ان يقول(١): (لان تفريع النظر على القول ببطلان التوكيل غير ظاهر).

وأيضاً قد يكون مقصوده الاشارة الى الخلاف، ولاخلاف الّا بين القائلين بالبطلان كما ظهر من الايضاح.

وأيضاً، كلامه يدلّ على أن في الارشاد، تنظّر مطلقا وليس كذلك، بل افتىٰ بعدم كونه ا قراراً ويحتمل ان يكون ذلك أيضاً مبنيّا على القول بالبطلان كما مرّ، فلو قيّد لكان أولى، لما عرفت، فعبارة القواعد(٢) اظهر من عبارة الارشاد(٣) وعكس ماقاله فتأمّل.

ويحتمل ان يكون المراد في عبارة الارشاد، الاشارة الى جريان الاحتمالين في تقديري الصحة والبطلان وان كان الخلاف انما وقع على التقدير الثاني أو أنه حينئذٍ أظهر واشار في القواعد الى الخلاف فتأمّل.

على ان في الارشاد ماتنظر، بل جزم بعد كونه اقراراً بعد ان استشكل في صحّة التوكيل فيكون التقدير: ولما كان اشكال (اشكالاً خ) في صحّة التوكيل وعدمه، فما ثبت صحته ولايكون ذلك اقراراً، فجزم بعدم كونه اقراراً على تقدير عدم ثبوت صحّة التوكيل، وهذا مضمون غير مضمون القواعد وخلافه في الحكم فتأمّل.

قوله: «ولايشترط الخ» كأنه اشارة الى خلاف بعض العامّة حيث اشترط رضا الغريم في صحّة توكيل شخص للخصومة معه، وعموم أدلّة التوكيل

---

(١) يعني ان يقول المحقق الثاني في مقام الاشكال على القواعد: (لان تفريع الخ).

(٢) عبارة القواعد: وفي التوكيل على الاقرار اشكال.

(٣) عبارة الارشاد: وكذا الاشكال في التوكيل في الاقرار ولايقتضي ذلك اقراراً.

ولو وكّله على كلّ قليل وكثير صحّ، ويعتبر المصلحة في فعل الوكيل.

وكونه مختاراً يدفعه، ولعلّه لاخلاف عندنا.

قوله: «ولو وكله على كل قليل الخ» اشارة الى منع بعض الاصحاب من صحّة التوكيل في كلّ مالي (اموالي خ) وفي كل مايكون لي قليلاً أو كثيراً، لانه يتضمن ضرراً عظيماً، اذ قد يعتق عبيده وإماءه ويبيع داره وجميع مايملك ويزوجه بأربعة النساء بمهور كثيرة.

ودفع ذلك بان فعل الوكيل مبنيّ على المصلحة وان كان التوكيل عموماً كما كان خصوصاً فانه ليس له ان يبيع ماوكّل فيه اذا كان شيئاً واحداً لابثمن المثل ونقد البلد نقداً وغير ذلك وكذا هنا، واليه اشار بقوله: (ويعتبر المصلحة الخ).

ودفعه في الشرايع(١) بأنه خارج عن محلّ الفرض، اذ الفرض انه تفويض الأمر اليه بالكلّية ويجعله كنفسه.

ودفع ذلك في شرح الشرايع أنه ليس بخارج، لان رعاية المصلحة لابدّ منها.

والظاهر، مع الشرايع، فان الفرض انه فعل مع المصلحة بانه باع جميع أمواله بشرط المصلحة التي وجدت في بيع كل واحد واحد منفرداً وليس البيع بثمن المثل ونقد البلد ونقداً، خلاف المصلحة، وكذا عتق عبيده للثواب كما لو صرّح به، وكذا التزويج بمهر المثل وغير ذلك مع انه قد يحصل له الضرر.

ثم إن الظاهر صحّة ذلك، كما ان له ان يفعل بنفسه، وإنْ تضرّر، ولان له ان يوكّل في كلّ واحد خصوصاً، فكذا عموماً، وينبغي ان يقال بالصحّة الا ان

---

(١) قال في الشرايع: ولو وكل على كل قليل وكثير، قيل: لايصح لما يتطرق من احتمال الضرر، وقيل: يجوز، ويندفع باعتبار المصلحة، وهو بعيد عن موضع الفرق (انتهى).

ولو وكّله في شراء عبدٍ صحّ وان لم يعيّنه.

يكون بحيث لايجوز لنفسه، فلا يصحّ، والفرض، الأول، فان فرض في البعض دون البعض -لعدم المصلحة- فهو خارج عن الفرض كما قاله في الشرايع.

والظاهر عدم الفرق بين عموم جميع ماملك وخصوص واحد واحد في الجواز بعد المصلحة، وعدمه مع عدمها كما صرّح به في التذكرة في جواب من قال: (لايصحّ عاماً) مثل الشيخ وبعض العامّة للضرر وعدم المصلحة.

والجواب انا نضبط جواز تصرّف الوكيل بالمصلحة فكلّ مالامصلحة فيه لم ينفذ تصرف الوكيل كما لو وكّله في بيع شيء فاطلق، فانه لايبيع الّا نقداً بثمن المثل من نقد البلد، كذا في الوكالة العامّة، وكذا يصحّ لو قال: اشتر لي ماشئت خلافاً لبعض العامّة آه(١).

وبالجملة، الوكالة مبنيّة على المسامحة وعدم اشتراط لفظ خاص وعقد بإيجاب وقبول خاصّين، فكلّ مايدل على الإذن في التصرف أيّ تصرف كان، يصحّ ويجوز مع عدم مانع شرعيّ، ومعه فلا، فاحفظه.

قوله: «ولو وكله في شراء عبد الخ» هذا يدل على عدم اشتراط العلم في الجملة كما تركه في الأول أيضاً الا ان يقال: انه ترك للظهور وهنا علم في الجملة فان العبد اخصّ من الحيوان والمتاع والشيء.

واشار بقوله: (وان لم يعيّنه) الى خلاف بعض الاصحاب بانه لابدّ من تعيين بعض الأوصاف في الجملة بان يقول: تركياً أو هندياً مثلاً للغرر.

وعموم الأدلة يدفعه، والغرر منتف بانه انما يشتري مايسوى ذلك واطلاق الموكل يدل على ان غرضه متعلق بعبدٍ ما ففي (في خ) شرائه مصلحة من دون خصوصيّة فيصحّ، وأيضاً قد يكون الغرض ذلك فينبغي تجويز الوكيل في مثله، فتأمل.

---

(١) من قوله قده: والجواب الى هنا عبارة التذكرة.

«الرابع الصيغة»

ولابد من ايجاب مثل وكلتك، واستنبتك، وبع، واعتق. وقبول امالفظاً، أو فعلاً ويجوز تأخيره عن الايجاب.

قوله: «الرابع الصيغة الخ» هذا هو الركن الرابع، ولاشكّ انه لابدّ في تحقق الوكالة من ايجاب، اى مايدل على الإذن مطلقا بلفظ واشارة وكتابة، بل اذا علم الرضا من دون ذلك لايبعد جواز التصرف في ماله وكونه وكيلاً.

وقبول أيضاً والظاهر، المراد بـه أيضاً أعمّ، بل لايحتاج الى شيء قبل فعل الموكّل فيه، فانه يكفي ذلك وهو مصرّح به، والظاهر عدم الخلاف عندنا في ذلك.

ولكن فيه تـأمّل، لانه لابدّ من صدور العقد من الوكيل، فلابدّ من كونه وكيلاً قبل الشروع فيه، فكأنه مجرّد الايجاب، والرضا الباطني الذي يعلم بالفعل، كافٍ والظاهر أن الأصل في ذلك كلّه، أنّ التصرف في مال الغير انما يجوز برضاه، ولاينتقل(١) الى غيره الآ برضاهما، فيكفي مايدلّ على ذلك من الطرفين، ولايحتاج الى اكثر من ذلك، للأصل، وعموم أدلة الوكالة فلا يتعيّن بشيء من أحد الجانبين، ولهذا نقل في وكالة البارقي انه عليه السلام قال له: (اشتر)(٢) ولايسمّى مثل ذلك ايجاباً وصرّح به في التذكرة، وكذا في حكاية اصحاب الكهف «فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِنْه»(٣)، مع انها غير صريحة في توكيل أحد بعينه، وان محض الفعل كافٍ، وكذا الاشارة والكتابة، فتأمّل.

قال في التذكرة: (الوكالة عقد شرع للاستنابة) والمراد ان يكون الغرض

---

(١) وينتقل الى غيره برضاهما ـ في عدة نسخ مخطوطة.

(٢) عوالي اللئالي: ج٣ص٢٠٥.

(٣) الكهف ـ ١٩.

....

من فعله النيابة فقط فلا ينتقض بالقراض والمشاركة والمزارعة والمساقاة والوصيّة وهو ظاهر ثم قال: ولما(١) كان عقداً يتعلّق به حق كلّ واحد من المتعاقدين فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع، والأصل فيه عصمة مال المسلم ومنع غيره من التصرف فيه الّا باذنه فلابدّ من جهة الموكّل، من لفظ دالّ على الرضا بتصرف الغير له، وهو كلّ لفظ دالّ (دلّ خ) على الاذن مثل ان يقول: وكلتك في كذا أو فوّضته اليك واستنبتك(٢) فيه وما اشبهه، ولو قال: وكّلتني في كذا؟ فقال: نعم أو اشار بما يدل على التصديق، كفى في الايجاب ولو قال: بع واعتق ونحوهما حصل الإذن، وهذا لايكاد يسمّى إيجاباً(٣) (الى قوله): وقوله: واذنت لك في فعله ليس صريحاً في الايجاب، بل اذن في الفعل(٤).

وعدم التسمية في الأوّل(٥) وعدم الصراحة في الاخير ـ لكونه ماضياً ـ غير ظاهر وما يفهم من الايجاب إلّا مايدلّ على الرضا بالتصرف وهو حاصل هنا.

ثم قال: لابدّ هنا من القبول إما لفظاً وهو كلّ مايدل على الرضا بالفعل أو فعلاً ويجوز القبول بقوله: قبلت وما اشبهه من الألفاظ الدالّة عليه، وبكلّ فعل دلّ على القبول نحو ان يأمره بالبيع فيبيع أو بالشراء فيشتري لان الذين وكّلهم النبيّ صلّى الله عليه وآله لم ينقل عنهم سوى امتثال امره، ولأنه أذن في التصرف فجاز

---

(١) في التذكرة: الوكالة عقد يتعلّق به حق كل واحد من المتعاقدين الخ.

(٢) وابنتك (التذكرة).

(٣) وتمامه: بل هو أمر واذن، وانما الايجاب قوله: وكلتك أو استنبتك أو فوضت اليك وما اشبهه وقوله: اذنت الخ.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة.

(٥) هذه العبارة مجملة غير معلومة المراد والمناسب ان يقول بدل (الأوّل): (الثاني) وهو قوله: ولو قال: وكلتني في كذا وهو المناسب للتعليل بقوله قده: لكونه ماضياً والله العالم.

....

القبول فيه بالفعل كاكل الطعام، والقبول يطلق على معنيين أحدهما الرضا والرغبة فيما فوضه اليه، ونقيضه، الرد، والثاني، اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأوّل حتى لو ردّ وقال: لااقبل أو لاافعل بطلت الوكالة، ولو ندم وأراد ان يفعل أو يرجع (لم يكتف(١) بالإذن الأوّل) بل لابدّ من استيناف اذن جديد مع علم الموكّل لان الوكالة جائزة من الطرفين ترتفع بالاستدامة (٢) بالفسخ فلان ترتفع في الابتداء بالرد (كان تذكرة أولى واما بالمعنى الثاني وهو القبول اللفظي فالوجه عندنا انه لايشترط لانه اباحة ورفع حجر فاشبه اباحة الطعام (الى قوله): فان الوكيل ان شاء قبل بلفظه وان شاء تصرف وكان ذلك قبولاً منه لان الوكالة أمر له فيصير بالتصرف محصلاً للأمر بخلاف سائر العقود من البيع والاجارة والهبة والوصيّة، فانها تضمن التمليك فافتقرت الى القبول بالقول والتوكيل جار مجرى الوديعة، والعارية لا تفتقر الى القبول بالقول لان ذلك امر واباحة.

ثم قال: ويجوز عندنا القبول على الفور والتراخي نحو ان يبلغه ان رجلاً وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول: قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدّة طويلة، لان قبول وكلاء النبيّ صلّى الله عليه وآله لوكالته كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله اياهم، ولانه اذن في التصرف، والاذن قائم مالم يرجع عنه.

ثم قال: والأظهر ثبوت الوكالة وان لم يعلم، فعلى هذا لو تصرف الوكيل وهو غير عالم بالتوكيل ثم ظهر الحال خرج عن الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن انه حيّ فبان (فكان خ) ميتاً.

---

(١) هذه الجملة ليست في التذكرة ولابدّ منها لانها جواب لقوله: ولو ندم.

(٢) في بعض النسخ ترتفع بالفسخ فلان ترتد في الابتداء الخ والصواب ما نقله الشارح قده.

....

ثمّ قال: فاذا شرطنا القبول لم يكف الكتابة (لم يكتف بالكتابة خ) والرسالة كما لو كتب بالبيع، وان لم نشترط القبول كفت الكتابة والرسالة وكان مأذوناً في التصرف، وهو الاقرب عندي، فاذا شرطنا القبول لم يكف الاستدعاء بانْ يقول: وكّلني فيقول: وكّلتك بل يشترط فيقول بعد ذلك: قبلت(١).

اعلم ان مراده بالقبول، القبول اللفظي المعهود في سائر العقود وحينئذٍ معلوم عدم جواز الاكتفاء في الايجاب أيضاً الّا باللفظ، فلا يجوز الكتابة والرسالة ونحوهما، وانه لابدّ من العلم بكون الكتابة باذن الموكّل، وأمنه من التزوير واحتمال غير المكتوب فيه وحينئذٍ، الظاهر القبول كما يقبل المكاتبة من الروايات.

وفي رواية محمد بن عيسى ـ المتقدمة ـ(٢) اشارة الى ذلك حيث وكل في الطلاق بالكتابة على الظاهر والتصرف في الأموال على ماتقدم في جواز الوكالة في الطلاق.

ويؤيّد الجواز، أنّ المقصود من لفظ الموكّل فهم رضاه واذنه في التصرف، فاذا علم كفى من أيّ شيء كان يكفي بل الظاهر أن الظن القوي ـ المتاخم للعلم بل هو علم عادةً ـ كاف.

واذا قلنا بقبوله في الوكالة، فكذا في سائر مايشترط فيه الإذن فقط، مثل العارية والوديعة والتصرف في أمواله، بل الوصيّة أيضاً وان منعه في القواعد وغيره فتأمل واحتط.

وأيضاً انه اذا كان كافياً في الايجاب، ففي القبول بالطريق الأولى.

وأيضاً ينبغي عدم الخلاف في صحّة التصرفات التي فعلها الوكيل مع عدم

(١) الى هنا عبارة التذكرة نقلها مقطعة فراجع ج٢ ص١١٣ ـ ١١٤.

(٢) راجع الوسائل باب ٣٩ حديث ٦ من ابواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص٣٣٤.

....

علم الإذن بل فضولياً ثم علم الوكالة والإذن قبل الفعل ولم يعرف الوكيل، وليس مثل بيع الولد مال أبيه باعتقاد انه حيّ فلا يجيء فيه الخلاف، لانه قد وقع البيع والتجارة عن تراض وحصل العقد فيلزم، فتأمل.

وأيضاً لاشكّ في صحة القبول بالفعل والتراخي لما تقدم ولكن ينبغي الرضا قبله وحصول الوكالة به لابنفس الفعل مع الاحتمال كما قاله المصنف رحمه الله فانه بمنزلة الأمر ولاشكّ في حصول الامتثال بفعل المأمور به، وهو ظاهر فلا يحتاج ان يكون وكيلاً قبل الفعل بل زمان الفعل أيضاً فانه يكفي الفعل باذنه.

وهو كلام حسن، مع انه ظاهر، ان الذي يفعل شيئاً باختياره، لامحالة يكون راضياً فحصل الوكالة قبله أيضاً، ولكن جعل المصنف نفس الفعل قبولاً فتأمل.

وأيضاً فان الاستدلال على عدم اشتراط اللفظ المعهود في العقود وجواز التراخي، بما تقدم من فعل النبيّ صلّى الله عليه وآله وغيره يدل على عدم اشتراط ذلك في سائر العقود أيضاً، اذ مانقل عنه صلّى الله عليه وآله وعن وكلائه اللفظ المعهود بل ولاعن أهل بيته عليهم السلام، ولاعن وكلائهم، ففيه اشارة الى ماقدمناه (قلناه-خ ل) من جواز المعاطاة والتملك بها، ولم يثبت أن التملك لابدّ ان يكون لفظاً، بل ظاهر التجارة عن تراض يدل على حصوله بالرضا فقط، فتأمّل.

وأيضاً الظاهر ممّا تقدم عدم الاحتياج الى تجديد اذن آخر بعد ردّ الوكيل الاذن بقوله: لااقبل ولاافعل بعد قول الموكل له: اذنتك أو افعل أو وكلتك، سواء كان الموكّل حاضراً أو غائباً، اذ قد علم الرضا من الموكل الذي هو شرط وكان من جانبه.

ولايشترط المقارنة ولااللفظ، فاذا لم يقبله الآن لم يحصل الوكالة ولم يوجد لعدم شرط آخر وهو رضا الوكيل لانه يبطل بالكليّة وبجميع اركانها وتنفسخ بالمرة، حتى يحتاج الى اذن مستأنف وتحصيل جميع أركانها، بل اذنه باق بحكم

....

الاستصحاب الذي كافٍ في امثال هذه الأمور بغير شكّ.

فاذا قبل بعد ذلك بقبول هو كافٍ ابتداء فعلاً أو قولاً، يصح ولايحتاج الى تجديد اذن.

ويؤيده انها (انه خ) اباحة ودفع حرج ولاشكّ في رفعه باذنه، وعدم القبول لايستلزم رفعه ولاعود الحرج، وعدم الإذن بوجه من الدلالات وهو ظاهر، ولهذا لو قال أحد: كل فقال: ماآكل ثم أكل فالظاهر الجواز.

ولانه قد تقدم في كلام التذكرة مراراً أيضاً انها أمر فاذا امتثل المأمور، المأمور به في وقتٍ لم يرتفع عنه الأمر، بل في كل وقت فعل ذلك ـ اذا لم يكن موقتاً ومقيّداً بوقت وحال ـ يكون ممتثلاً وهو ظاهر خصوصاً عند من لايقول انه يقتضي الفور كالمصنف وغيره.

ولانه قال فيما تقدم: انه اذن في التصرف، فالاذن باقٍ مالم يرجع عنه، ومعلوم ان عدم القبول من الوكيل ليس برجوع ولامستلزم له بوجه أصلاً، اذ يجتمع مع نقيضه وهو ظاهر مثل ان تقول: اذنت لك سواء تفعل أو ترد، وردّ وهو باق مع قبولك ذلك، وهوظاهر بقول المصنف: (بطلت آه) مع المسامحة، بعيد، لما تقدم.

ولادخل لعلم الموكّل بالرد، فانه لايثمر رجوعه من رضاه، نعم ذلك يوهم حيث كان حاضراً فانه بمنزلة ان قال: رضيت بالرد أو رجعت انا أيضاً وانه حينئذٍ لاضرر عليه، فانه يفعله (مؤجّله خ) بنفسه أو يوكّل غيره ولهذا قيل بوجوب قبول الوصيّة مع عدم امكان الاخبار بعدم القبول، ولانه لو عزل الموكل من دون اخبار الوكيل لم ينعزل وكذا العكس.

ولعل المراد بحضوره علمه بذلك(١)، واما اذا لم يكن حاضراً فلا ينبغي

---

(١) فكأنه بمنزلة ان قال: رجعت بالرد أو رجعت انا أيضاً (كذا في هامش بعض النسخ المخطوطة).

....

التأمّل في عدم الاحتياج الى اذن جديد بوجه، لما قد عرفت، وقوله: (لان الوكالة آه) لايدل على ذلك التجديد، لان كونه عقداً جائزاً يبطل بالفسخ بعد الالتزام وصحته، ان كان برجوعها معاً، فمعلوم عدم استلزام ذلك هنا، لعدم رضا الوكيل بعد وجود رضا الموكّل من غير رجوع، وان كان بعزل الوكيل نفسه فقط مع بقاء رضا الموكل على حاله فيمتنع البطلان بالكليّة هناك أيضاً والاحتياج الى اذن جديد.

ولهذا قال في التذكرة: اذا قال الوكيل: عزلت نفسي أو اخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل (الى ان قال): اذا عرفت(١) هذا فان عزل نفسه ثم تصرف كان فضولياً، سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً، ويحتمل مع الغيبة الصحّة عملاً بالإذن العام الذي تضمنته الوكالة وكذا مع الحضور وعدم الرضا بعزله(٢).

وهذا وان قاله بطريق الاحتمال الا انه احتمال جيّد قويّ، لما عرفت من دليله.

على انه قد يفرق بين العزل بعد ثبوت القصد، وبين عدم الرضا حتى يحصل العقد اذ يحتمل ان العقد اذا وجد وحكم برفعه، يحتاج الى تجديد الأركان، بخلاف حصوله ابتداءً، فانه اذا حصل أحدها فهو موجود حتى يحصل الآخر فيؤثر الجميع فليس عدم القبول الا عدم وجود الركن بعد.

وبالجملة لو كان هناك دليل فيقال به لذلك هنا، وليس هذا من باب مفهوم الموافقة، بل قياس مع الفارق فالظاهر عدم الاحتياج.

ويؤيّده عموم أدلة الوكالة، مثل مافي الروايات(٣): (الوكالة ثابتة حتى

---

(١) في النسخ التي عندنا من الشرح مطبوعة ومخطوطة هكذا: اذا قال الوكيل: عزلت نفسي اذا عرفت هذا الخ والصواب ماأثبتناه نقلاً من التذكرة.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) الوسائل باب ١ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج١٣ ص٢٨٥ وصدرها، عن أبي عبدالله عليه ←

ويشترط التنجيز، فلو علّقه بشرط بطل.
ولو نجّزه وشرط تأخير التصرف جاز.

يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول).

وأيضاً، الموكّل اذا عزله ثم رضي بها لم يحتج الى قبول الوكيل، فكذا هنا.

وأيضاً سيجيء أنّ الوكالة لو بطلت للتعليق ونحوه مثلاً، له ان يتصرف بالإذن فتأمل.

وابعد من كلام المصنف قول المحقق الثاني في شرح القواعد: (ولاخفاء في ان جواز التصرف موقوف على تجديد الإذن، لكن كون ذلك مشروطاً بعلم الموكّل حتى لو لم يعلم كان له ان يجدّد القبول ويتصرف محل خفاء آه).

لما تقدم ان ذلك هو محلّ التوهم، وان الظاهر لانزاع مع عدم العلم كما يفهم من التذكرة فيما تقدم، وانه لاينبغي ايجاب التجديد في ذلك أيضاً، لما عرفت، على ان في قوله: (كان له ان يجدّد القبول ويتصرف) تأملاً، اذ التصرف قبول، فلو لم يحتج الى تجديد الإذن لم يحتج الى تجديد القبول، بل ولو جدّد الإذن لم يحتج الى (تجديد خ) القبول أيضاً وهو ظاهر.

قوله: «ويشترط التنجيز الخ» قال في التذكرة: لايصحّ عقد الوكالة معلقاً بشرط أو وصف فان علّقت عليهما بطلت، مثل ان يقول: ان قدم زيد أو اذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك، عند علمائنا وهو أظهر مذهبي الشافعي(١).

لعلّه يريد بالتعليق توقف حصول الوكالة بأمرٍ، سواء كان شرطاً يمكن حصوله وعدمه مثل قدوم زيد، أو وصفاً أي متحقق الوقوع، مثل مجيء رأس الشهر، وسواء كان الدال عليه منوّياً أو مقصوداً غير مذكور على الظاهر أو مذكوراً بأداة

السلام انه قال: من وكل رجلاً على امضاء أمر من الامور فالوكالة ثابتة أبداً حتى الخ.

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

....

الشرط، مقدماً أو مؤخراً، مثل إنْ كان كذا، فوكّلتك، أو وكّلتك ان كان كذا، وبغير أداته، مثل وكلتك بشرط مجيء زيد.

ولانزاع عندهم في جواز التوقيت، مثل وكّلتك شهراً فلا يكون بعده وكيلاً، ولافي صحّة ان يقول: وكّلتك الآن أو مطلقا ولكن لا تتصرف الا بعدمجيء زيد مثلاً أو بعد اذنه.

وادعى الإجماع في التذكرة على صحّة قوله: أنت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج وفهمنا منها أنه مبني على جعل (اذاقدم) ظرفاً للبيع، وشرطاً له لاللوكالة، والوكالة مطلقا صحيحة، والشرط محمول على كونه للفعل.

وما اجد فرقاً بين التعليق بمجيء شهر مثلاً والتنجيز مع المنع عن فعل الموكّل فيه الّا بعد شهر مثلا بحسب المال، بل ما نجد لوجود التوكيل منجزاً الآن مع المنع عن التصرف فائدة، الّا انه ادّعى فيه الإجماع مع عدم ظهور الخلاف ولانصّ هنا.

فقول شارح الشرايع: إنّ العقود متلقاة عن الشرع فنيطت بالضوابط، محلّ التأمّل فتأمّل.

وأيضاً لانزاع في صحّة ذكر شرطٍ معه بأن يقول: وكّلتك وشرطت عليك كذا.

ثم اعلم أنّ الأصل وعموم أدلة التوكيل وكونه جائزاً، ومبناه على المساهلة دون الضيق، وما تقدم في عبارة التذكرة من انه اذن وأمر، وانه مثل الاذن في أكل الطعام، ولاشكّ في جواز تعليقه، مثل ان جئت فانت مأذون في الأكل ونحوه مع عدم مانع ظاهر يدل على جواز التعليق.

ويؤيّده عدم ظهور فرق كثير في المال بين ماصوّرناه من المجوّزات، مثل التوقيت وذكر الشرط والمنع الّا بعد كذا، وبين التعليق.

....

ويؤيّده أيضاً جواز التعليق في العقود الجائزة، مثل القراض، بل هو وكالة بجعل والعاريّة وغيرهما.

والظاهر ان مراد من قال: يجب التنجيز نفي التعليق، والظاهر ان لادليل لهم عليه الّا الإجماع المنقول في التذكرة كما تقدم، مع عدم ظهور خلافه وسيجيء مافي الإجماع فتأمل.

ويمكن أن يقال ـ مع التعليق ـ يؤول الى التوكيل، وقد مرّ ان من شرطه قدرة الموكل عند التوكيل.

فتأمل فيه فانه يرجع الى الإجماع أو أن الأصل عدمها خرج المنجزة بالإجماع وبعض الأدلّة، بقي المعلّقة تحت العدم فتأمل فيه.

ثم اعلم أيضاً ان المصنف احتمل في عدم جواز تصرفه فيما وكّل فيه بعد حصول الشرط وقرّبه في التذكرة حيث قال: فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالاقرب صحّة التصرف، لأنّ الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد وصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً، فقال: بع كذا على ان لك العشر من ثمنه، تفسد (فسد خ) الوكالة، ولكن ان باع يصح وهو احد وجهي الشافعيّة والثاني لايصّح لفساد العقد اذ لااعتبار بالعقد الضمني في العقد الفاسد، الا ترى انه لو باع بيعاً فاسداً وسلّم اليه المبيع لايجوز للمشتري التصرف فيه وان تضمن البيع والتسليم الاذن في التصرف والتسليط عليه، وليس بجيّد لأن الإذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن اليه والملك الى المشتري وشيء منها ليس بحاصل، وانما اذن له في التصرف لنفسه ليسلم اليه الثمن (ليسلم له ـ التذكرة) الثمن، وهنا انما اذن له التصرف عن الاذن لالنفسه(١).

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

....

ثم ذكر(١) فائدة القول بفساد عقد الوكالة، في جواب، ان قيل: انّ لافائدة حينئذٍ للفساد على تقدير صحّة التصرف التي هي ثمرة صحّة عقد الوكالة، فاذا وجدت مع القول بالفساد فلا ثمرة في القول بالبطلان، بل لامعنى للبطلان حينئذٍ، اذ البطلان في المعاملات عدم ترتب الأثر، وقد قيل هنا بالترتب مع الفساد.

حيث أجاب بأنّها تحصل الفائدة في ترتب جميع الأثر، من جملته انه لو كان الوكالة بجعل معيّن يبطل ذلك الجعل ويلزم اجرة المثل كما اذا وكّل بعوض مجهول مثل مامرّ، ومثل مابطل القراض فتبطل الحصّة المعيّنة ويلزم اجرة المثل وكذا اذا أفسد المهر المسمّى يلزم مهر المثل.

وفيه تأمّل لأنّ الإذن انّما علم على تقدير الشرط وقد حكم ببطلان ذلك الإذن والتوكيل للشرط، وليس هنا مايدل على الإذن غير ماوجد من الموكّل وهي العبارة التي حكم ببطلانها وعدم الاعتداد بها، ولأنه انما يلزمه الاجرة لو فعل ماوكّل فيه على ماأمر وقد بطل أمره فلزوم اجرة المثل أيضاً غير ظاهر.

نعم لو كان مثل ذلك الفعل يحتاج الى الاجرة ـ ويكون جاهلاً بالفساد حكم بصحّة أصل مافعله وبطلان الجعل فقط كما في المضاربة ان سلّم أو النكاح على مانقل الإجماع على أنّ العقد صحيح، وانما الفاسد هو المسمّى ـ يصحّ ماذكر.

ولأنه قد لايكون العقد المشروط مشتملاً على جعلٍ فلا تحصل الفائدة في الحكم بالبطلان، بل لامعنى له، ولأنه اذا حكم بفساد الوكالة حيث كان عدم التعليق شرطاً لصحتها، فعه يبطل، لعدم تحقق الشرط فكيف يصحّ التصرف

---

(١) لم نعثر في التذكرة مانسبه الشارح قدس سرّه اليه من فائدة القول بفساد عقد الوكالة فراجع وتتبع ج٢ ص١١٤.

....

ويستحق الاجرة وتظهر الفائدة فيما ذكره، فانه يرجع الى القول بعدم اشتراط التنجيز والبطلان مع التعليق فانها تصح اذا لم يكن جعل معه أيضاً وانما يبطل الجعل كالنكاح، على ان التصرف انما هو بالوكالة الباطلة المثمرة لبطلان الاذن ومنع التصرف مطلقا وجعلها كعدمها، اذ الفرض عدم غيرها كما دل عليه عبارة الموكّل صريحاً وفهم الرضا منه ضمناً مع عدم الرجوع.

والذي يمكن ان يقال: ان الفرض ان الإذن بتصرفه بعد حصول الشرط معلوم، والمراد ببطلان الوكالة بطلان العقد الموجود المعلّق على ذلك الشرط، ولاشكّ انه توكيل واذن خاص وقد يكون هذا العقد مشتملاً على امور غير مجرد الاذن في التصرف، مثل كونه شرطاً في عقد لازم وجعل، وكونه منذوراً بايجاب وقبول صحيح صريح أو جعل لها جعلاً أو فعلاً توكيلاً صحيحاً بايجاب وقبول صحيح صريح وغير ذلك ممّا لايحصى من القيود المختصّة فيبطل حينئذٍ ذلك ولايترتب عليه جميع الأثر المطلوب منه.

وان ذلك غير مستلزم لبطلان الاذن المفهوم ضمناً والغير المقصود بالذات الذي حكم ببطلانه بان يسلّم فيبقىٰ بعض الأثر ويبطل الباقي.

أو يقال: لايكون ذلك صحيحاً لما مرّ ويكفي ذلك للحكم بالبطلان ولايحتاج الى بطلان جميع الأثر كما مضى(١) في المضاربة، وكذا في الاجارة (الاجارات خ) الفاسدة لأنه فهم من ذلك العقد وما علم الا بطلان العقد بمعنى عدم ترتب جميع آثاره لاجميع مافهم.

بل قد يقال: ذلك وكالة أيضاً لأنه قد عرفت ان الوكالة تكفي فيها مايدل على الاذن في الجملة، وانه مثل الأمر والاذن باكل الطعام ومعلوم عدم ضرر

(١) يعني في مثال المضاربة بقوله قده: ومثل مابطل القراض الخ.

....

التعليق وعدم الاحتياج الى عقد بإيجاب وقبول، بل المدار على العلم برضا الموكل وان لم يوكّل صريحاً، بل ولاضمناً على ماعرفت.

على انه لادليل على البطلان مع التعليق سوى مانقل من الإجماع في التذكرة، وقد فهم من اختياره صحّة هذا الضمني، عدم الإجماع الآ في الصريح، فبقي غيره على مقتضى الأصل والأدلة، من الصحّة.

وبالجملة ان الفرض فهم الاذن في التصرف مع الدليل على جواز التصرف معه عقلاً ونقلاً مع عدم دليل على عدمه فجاز التصرف ولاينافيه بطلان العقد.

والحاصل ان كانت الوكالة المعلّقة مشتملة على امر زائد سوى الإذن فعدم لزوم بطلان مطلق الإذن من بطلانها -على ماتقدم- غير بعيد وامّا اذا لم يشتمل ففيه تأمّل.

ولايمكن توجيه اختيار جواز التصرف الآ بالقول بعدم اشتراط التنجيز في مطلق التوكيل، اذ لادليل الآ الإجماع، ولاإجماع على مافهم من اختيار التذكرة جواز التصرف وبقاء الإذن.

أو(١) بالفرق بين الضمني والصريح أو جعل الإذن اعم من التوكيل كما مرّ في العبد، فانه قد يكون مأذوناً لاوكيلاً، فتأمّل.

ثم ان علم الوكيل بالفساد مع عدم ظهور مايدلّ على ثبوت الاجرة له بهذا التصرف يكون متبرعاً لا اجرة له ولامسمّى، وان كان المسمّى مذكوراً في العقد، للأصل وعدم الموجب وبطلان القياس لو ثبت في مثله.

وان لم يعلم به وتصرف على الوجه الذي يجوز وظهر من الموكّل مايدلّ على

(١) عطف على قوله قده: بالقول بعدم الخ.

....

حصول الأجرة، وان كان فعله بسبب الإذن الضمني، فله الاجرة والّا فلا كما مرّ.

وأيضاً ان فرض خلوّ العقد عن الجعل قد يحصل الفرق بين الاذن الباطل والصحيح بامور اخرى ممّا أشرنا اليه ويبعد فرض اتحادهما.

وان فرض الاتحاد وعدم فهم الاذن والرضا ضمناً بوجهٍ الّا مع الشرط، فلا يمكن القول حينئذٍ بالصحّة، بوجهٍ مع القول بالاشتراط والفساد معه، وهو ظاهر.

فلعلّه لايقول المصنف الّا في غيره وهو أظهر، مثل ان يقول: مايجوز ذلك التصرف الّا على تقدير الشرط والتعليق ونحو ذلك فاندفع جميع ماتقدم واتضح المقصود وان كان ظاهر العبارات لايخلو عن شيء.

فقد عرفت ممّا تقدم انه حينئذٍ ليس التنجيز شرطاً لمطلق جواز التصرف والوكالة، بل في الجملة وعلى بعض الوجوه.

وان الفائدة التي ذكرها المصنف للفساد قد تصح وقد لا تصحّ.

وان غرضه الاشارة الى جنس الفائدة في الجملة.

وانها ليست بكليّة ومنحصرة فيها، اذ كثيراً مّا، تخلو الوكالة عن الجعل، بل هو الغالب وهو ظاهر.

وان الفائدة في الحكم بالفساد ظاهر من دونه.

وان هذا الفرق لايبطل أصل الحكم بفساد الوكالة.

وانه لايكون بين الحكم بفساد الوكالة وصحّة التصرف بعد الشرط تدافعاً.

وان ليس معنى كلامه ان الباطل هو الجعل فقط، كما ان الباطل في صورة النكاح والقراض هو المهر والحصّة لا العقد.

على ان الظاهر ان الباطل في صورة القراض أيضاً هو العقد، وانه لا كلام في الاجرة لهم حينئذٍ كما في الاجارة الفاسدة، فلا يناسب منعها من المحقق الثاني وان

«المطلب الثاني في الأحكام»

الوكالة جائزة من الطرفين.

كان التشبيه(النسبةخ ل)(١)توهم ذلك بل ذكرنا،من ان العقدهنايبطل،ولكن يفهم الاذن،وهوغير الاذن الذي كان العقدمقتضياًله وصريحاً فيه ولهذا عبّر عنه في التذكرة وغيرها بالضمني، بخلاف صورة النكاح.

وأنت بعد ماتأملت ماذكرناه، تجده جيّداً بالنسبة في الجملة ان شاء الله، وعدم وضوح ماحقّقه المحقّق الثاني في شرح القواعد(٢) والشهيد الثاني(٣) في شرح الشرايع فتأمّل وأنصف.

قوله: «المطلب الثاني في الاحكام الخ»

الظاهر انه لاخلاف في ان عقد الوكالة في أصله جائزة من الطرفين، وقد تجب بأن يشترط في عقد لازم، وهو ظاهر، وقد تقدم، فيجوز لكل واحد منهما العزل والفسخ.

وكأنه لاخلاف في جواز فسخ الوكيل نفسه بحضور الموكّل وغيبته، باذنه وعدمه، ووجهه ظاهر، وكأنه مجمع عليه.

وكذا الموكل في الجملة بأن يعزله ويفسخ العقد بحضور الوكيل.

وكذا ينعزل لو اخبره به بعد العزل وقبله ولو باخبار ثقة لابصبيّ وفاسق وان تعدد والظاهر ان الفسخ والعزل مع اخبار العدل أيضاً لايكون فيه خلاف على مايظهر.

---

(١) يعني تشبيه المقام بمسألة المهر في النكاح والحصة في القراض والاجرة في الاجارة.

(٢) راجع شرح القواعد ج١ ص٤٨٤ اوائل كتاب الوكالة في شرح قول المصنف: فاذا فسد العقد الخ.

(٣) راجع المسالك ج٢ كتاب الوكالة عند شرح قول المصنف: ومن شرطها ان تقع منجزة الخ.

....

واما اذا عزله ولم يعلمه حتى فعل ماهو وكيل فيه، فهل ينعزل بمجرده ويبطل مافعله بعده الآ انه ماعلم البطلان الآ بعد الاعلام، وما فعل الوكيل حراماً، ولاخلاف الشرع، كما ان فعل ذلك بعد موته مع عدم علمه بذلك، وكذا بعد خروجه عن التصرف مثل الجنون والاغماء والحجر بفلس وسفهٍ وكأنه لاخلاف عندهم في ذلك في الموت والجنون والاغماء والحجر ونحوه وهو مذهب البعض مثل المصنف في القواعد.

أم لا، بل لابدّ من اشهاد العدلين على ذلك، على تقدير تعذر الاعلام والآ الاعلام، وذلك مذهب الشيخ في بعض كتبه وجماعة مثل ابن ادريس وغيره من المتقدمين.

أم ذلك أيضاً لايكفي، بل لابدّ من الاعلام ولو باخبار الثقة فيبطل حينئذٍ والآ فيصحّ جميع مافعل الى وقت العلم، وهو مذهب الشيخ وجماعة من المتأخرين، مثل المصنف في المتن وظاهر التذكرة.

دليل الأول(١)، الأصل، وان الظاهر انه لاشكّ في اشتراط رضا الموكّل في صحّة فعل الوكيل، ويؤيّده ان التجارة لابدّ ان تكون عن تراض من الطرفين، وكذا النكاح والطلاق لايصحّ بدون اذنه ورضاه وقصده، ولاخلاف فيه، وهو معلوم بالعقل والنقل، ومعلوم عدم بقاء الرضا بعد الفسخ والعزل، وثبوت عصمة النكاح حتى يعلم المزيل.

ولزوم الحرج والضيق، فانه قد يحصل له المصلحة في العزل ولايمكنه الاعلام ولاالاشهاد فيتضرر، ولأنه يلزم قلب الجائز لازماً، وللرواية التي اشار اليها الشيخ في النهاية على مافي المختلف(٢).

---

(١) وهو الانعزال بمجرد العزل وبطلان مافعله.

(٢) لم نعثر في المختلف على هذه النسبة نعم نقله في المختلف عن الخلاف حيث قال: وقال الشيخ في ←

....

ودليل الثالث(١) الحرج، فانه قد يفعل اموراً كثيرة ثم يعلم، فيشكل تحصيل من عامل معه ذلك وردّ الحقوق الى أهله.

وهو معارض بمثله كما اشرنا اليه، ومنقوض بالموت ونحوه كما اشرنا اليه.

ويمكن دفعه أيضاً بانه ان تمكن من تحصيل المالك، صالح والا فيأخذه قصاصاً وعوضاً، وبانه علم الرضا بالتعويض، فتأمّل.

وأيضاً(٢)، العقل يحكم بان غير العالم غير مكلّف، فالوكيل الجاهل بعزله غير مكلّف بعد فعل ماوكّل فيه، فلا يكون معزولاً، بل معذوراً.

وهو(٣) أيضاً منقوض بما مرّ، وان الجاهل لايعذر الا نادراً عندهم، والعلم الذي هو شرط التكليف هو القدرة على الفهم عندهم كما بيّن في موضعه.

على انه لايقال: انه معاقب ومكلّف بعد فعل ماوكّل فيه، بل معنى بطلانه عدم ترتب الأثر المطلوب على فعله في نفس الأمر وظهور ذلك بعد العلم بالعزل، ولافساد فيه بوجه.

وعمدة ادلّته، الروايات، عن أهل البيت عليهم السلام.

(منها) رواية هشام بن سالم -في التهذيب والفقيه- عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل وكّل آخر على وكالة في امضاء أمر من الامور، واشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر فقال: اشهدوا أني قد عزلت فلاناً عن

الخلاف: اذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبته من الوكيل، لأصحابنا فيه روايتان (احديهما) انه ينعزل في الحال وان لم يعلم الوكيل وكل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعدذلك يكون باطلاً وهواحدقولي الشافعي الخ فالاولى تبديل (النهاية) بـ(الخلاف).

(١) وهو عدم كفاية الاشهاد ولابدّية الاعلام واما بيان دليل الثاني فيأتي بقوله قده واما دليل الثاني فكأنه الجمع الخ.

(٢) دليل ثان للقول الثالث فلا تغفل.

(٣) هذا جواب أيضاً من الشارح قده كما ان قوله قده قبيل هذا جواب للدليل الأول.

....

الوكالة. فقال: ان كان الوكيل امضى الأمر الذي وكل فيه قبل ان يعزل (العزل يب) عن الوكالة، فان الأمر واقع ماض على ماامضاه الوكيل، كره الموكل أم رضي، قلت: فان الوكيل أمضى الأمر قبل ان يعلم بالعزل أو يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر ماض على ماامضاه؟ قال: نعم، قلت له: فان بلغه العزل قبل ان يمضي الأمر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم ان الوكيل اذا وكّل ثم قام عن المجلس فامره ماضٍ أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو مشافهة بالعزل عن الوكالة(١).

قال في المختلف: هذا أصح مابلغنا في هذا الباب.

ويفهم من التذكرة انه رواه الشيخ في الصحيح(٢).

وقال في شرح القواعد: انها صحيحة وكذا في شرح الشرايع.

ورواية جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: من وكّل رجلاً على امضاء أمر من الامور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها(٣).

وقال في التذكرة: في طريقها عمرو بن شمر وهو ضعيف(٤)، واشارً في المختلف وشرح القواعد أيضاً وغيره أيضاً الى ضعفها.

---

(١) الوسائل باب ٢ حديث١ من كتاب الوكالة ج١٣ ص ٢٨٦ وحيث ان الشارح قدس سرّه نقله من التهذيب والوسائل من الفقيه فلا يقدح مخالفة مانقله قده مع مافي الوسائل فراجع التهذيب باب الوكالات حديث٢ ج ٢ ص٦٦ الطبع القديم.

(٢) حيث قال: وفي الصحيح عن هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام الخ.

(٣) الوسائل باب ١ حديث ١ من كتاب الوكالة ج١٣ص٢٨٥.

(٤) فان سندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن خالد الطيالسي، عن عمرو بن شمر، عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب.

....

ورواية علا (علي خ) بن سيّابة صريحة في ذلك ـوهي طويلة(١) مشتملة على قضاء أميرالمؤمنين والصادق عليهم السلام ـ بالزوجيّة مع اشهادها الشاهدين على أخيها الوكيل قبل ايقاع النكاح الّا انهما ماشهدا على حضور الوكيل واعلامه به.

قال أميرالمؤمنين للشهود: كيف تشهدون؟ قالوا: نشهد أنها قالت اشهدوا أني قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً وأني مالكة لأمري من قبل ان يزوجني فلاناً، فقال: اشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟ قالوا: لا، قال: فتشهدون انها اعلمته العزل كما اعلمته الوكالة؟ قالوا: لا، قال: أرى الوكالة ثابتة، والنكاح واقع اين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها فقالت: ياأميرالمؤمنين: أحلفه اني لم أُعْلِمه العزل وانه لم يعلم بعزلي إيّاه قبل النكاح، قال:

(١) الاولى نقل صدرها أيضاً مع طولها ننقلها من التهذيب، عن العلا بن سيابة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلاً بان يزوجها من رجل فقبل الوكالة واشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوّجها بذلك ثم انها انكرت ذلك عن الوكيل وزعمت انها عزلته عن الوكالة فاقامت منه شاهدين أنها عزلته قال: فما يقول من قبلكم في ذلك؟ قلت: يقولون: ينظر في ذلك، فان عزلته قبل ان يزوج فالوكالة باطلة والتزويج باطل، وان عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على ماتزوج الوكيل على ما اتفق معها من الوكالة اذا (ان خ) لم يتعدّ شيئاً ممّا امرته به واشترطت عليه في الوكالة، قال: فقال: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولا يعلمه بالعزل؟ فقلت: نعم يزعمون انها لو وكّلت رجلاً واشهدت في الملاء وقالت في الملاء: اشهدوا اني قد عزلته بطلت وكالته وان لم يعلم العزل وينقضون جميع مافعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لايبطلون الوكالة الا ان يعلم الوكيل بالعزل ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه، فقال: سبحان الله ما اجور هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واجرى ان يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد انّ علياً عليه السلام اتته امرأة مستعدية على اخيها فقالت: ياأميرالمؤمنين وكلت اخي هذا بأن يزوجني رجلاً فاشهدت له ثم عزلته من ساعته ذلك فذهب وزوجني ولي بينة اني قد عزلته قبل ان يزوجني فاقامت البيّنة، وقال الأخ: ياأميرالمؤمنين انها وكّلتني ولم تعلمني بانها قد عزلتني عن الوكالة حتى زوجتها كما امرتني به فقال لها: فما تقولين؟ فقالت: قد اعلمته ياأميرالمؤمنين، فقال: لها: لك بيّنة بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون باني قد عزلته فقال أميرالمؤمنين عليه السلام كيف تشهدون الخ.

....

وتحلف؟ قال: نعم ياأميرالمؤمنين فحلف فاثبت وكالته وأجاز النكاح(١).

وفي رواية اخرى، عن أبي هلال الرازي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل وكّل رجلاً بطلاق امرأته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبدا له، فأشهد أنه قد ابطل ماكان أمرّه به، وانه قد بدا له في ذلك، قال: فليعلم أهله وليعلم الوكيل(٢).

أقول: الروايات كلها في باب وكالة التهذيب، عن محمد بن علي بن محبوب وما ثبت صحة طريقه اليه(٣) وان قال ذلك في الخلاصة(٤) ورجال ابن داود.

لوجود(٥) حسين بن عبيدالله واحمد بن محمد بن يحيى العطار، وهما غير موثقين، بل غير مذكورين في الخلاصة(٦) وقال ابن داود (أحمد المذكور مهمل).

على ان في طريق الأول(٧) محمد بن عيسى بن عبيد، وقد ضعّفوه وكثيراً مايردّون الخبر لوجوده فيه خصوصاً في شرح الشرايع، وكأنه لذلك ماصرّح بالصحة

---

(١) الوسائل باب٢ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج١٣ ص٢٨٦.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الوكالة ج١٣ ص٢٨٨.

(٣) طريقه اليه كما في مشيخة التهذيب والاستبصار هكذا: وما ذكرته في هذا الكتاب، عن محمد بن علي بن محبوب فقد رويته، عن الحسين بن عبيدالله، عن أحمد بن محمد بن يحيى العطار، عن أبيه محمد بن يحيى، عن محمد بن علي بن محبوب (انتهى).

(٤) قال في الخلاصة في الفائدة الثامنة من الخاتمة عند ذكر طرق الشيخ: والى الحسين بن سعيد صحيح وكذا عن محمد بن احمد بن يحيى الاشعري، وكذا عن محمد بن علي بن محبوب الخ ص١٣٦ طبع طهران.

(٥) تعليل لقوله قده: وما ثبت صحة طريقه اليه.

(٦) يعني لافي القسم الاول المعد لنقل مااعتمد عليه العلامة ولافي القسم الثاني المعدّ لنقل الضعفاء ومن ردّ قوله او توقف فيه.

(٧) فان طريق الشيخ في خبر هشام كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن عيسى بن عبيد، عن محمد بن أبي عمير، عن هشام بن سالم.

....

في المختلف والايضاح، بل قال(١): رواية هشام آه، وقوله(٢): أصحّ مابلغنا كأنّه أراد بالنسبة، فتأمّل.

ولكن ظني ان محمد بن عيسى لابأس به، ويمكن تصحيح طريقه الى محمد بن علي بن محبوب من الفهرست(٣).

وأيضاً هذه الرواية موجودة في الفقيه، عن محمد بن أبي عمير، عن هشام بن سالم آه والطريق فيه اليه صحيح(٤).

ويمكن تصحيح طريقه من الفهرست، وما صححه في الخلاصة(٥) ورجال ابن داود وان قال في رجال ابن داود إن طريقه الى محمد بن أبي عمير، ومحمد بن علي بن محبوب، وأحمد بن عيسى واحد، والطريق(٦) الى أحمد صحيح فيكون اليهما

(١) يعني فخر المحققين صاحب الايضاح حيث قال: واحتج ابن الجنيد برواية هشام بن سالم الخ.

(٢) يعني العلامة في المختلف كما تقدم.

(٣) ذكر المحقق المتتبع الحاج ميرزا محمد الاردبيلي في الفائدة السابعة من فوائد خاتمة رجاله ج٢ ـ عند ذكر طرق الشيخ أبي جعفر الطوسي ره ـ (الى ان قال): والى احمد بن محمد بن عيسى صحيح في المشيخة والفهرست (انتهى) وطريقه الى محمد بن علي بن محبوب كما في مشيخة التهذيب: وما ذكرته في هذا الكتاب عن محمد بن علي بن محبوب فقد اخبرني به الحسين بن عبيدالله عن احمد بن محمد بن يحيى العطار، عن أبيه محمد بن يحيى عن محمد بن علي بن محبوب.

(٤) طريق الصدوق الى محمد بن أبي عمير، كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه، عن محمد بن أبي عمير، فقد رويته، عن أبي ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما، عن سعد بن عبدالله والحميري جميعاً، عن أيوب بن نوح، وابراهيم بن هاشم، ويعقوب بن يزيد، ومحمد بن عبدالجبار جميعاً، عن محمد بن أبي عمير.

(٥) في الخلاصة في الفائدة الثامنة عند ذكر طرق أبي جعفر بن بابويه في الفقيه هكذا: وعن محمد بن حكيم صحيح وكذا عن علي بن الحكم (الى ان قال): عن سعيد النقاش ضعيف (الى ان قال): وكذا عن محمد بن عيسى (الخلاصة ص١٣٩).

(٦) طريق الصدوق الى احمد بن محمد بن عيسى كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه، عن احمد بن محمد بن عيسى الأشعري رضي الله عنه، فقد رويته عن أبي، ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما، عن سعد بن عبدالله وعبدالله بن جعفر الحميري جميعاً، عن احمد بن محمد بن عيسى الأشعري.

....

أيضاً صحيحاً.

لكن فيه تأمل لعدم اتحاد الطريق(١) كما يفهم من كتابي الشيخ.

وفي متنها أيضاً بعض الشيء.

وأما رواية جابر وان كانت ضعيفة من طريقه(٢) الّا أنها صحيحة من طريق معاوية بن وهب فانها منقولة في الفقيه عنهما وقيل (قبل خ) في الخلاصة وابن داود: وان طريقه الى معاوية(٣) صحيح.

ولكن فيه أيضاً تأمل، لان صحّة طريقه اليه موقوفة على توثيق محمد بن علي ماجيلويه وهو غير واضح.

واما رواية علا بن سيّابة، ففيها ان علا غير معلوم، مع أن فيه، الحسن بن موسى الخشاب وعلي بن حسان(٤)، وهما غير مصرّح بتوثيقهما وان كانا ممدوحين وفي الفقيه علي بن سيّابة، وهو أيضاً مجهول، كأنه غلط وهو علاء بن سيّابة كما في التهذيب وطريق الفقيه اليه(٥) صحيح.

---

(١) يعني إنّ الطريق الى محمد بن أبي عمير ومحمد بن علي بن محبوب مع الطريق الى احمد بن محمد بن عيسى ليس متحداً كي يلزم من صحّة الطريق الى احمد صحّة الطريق اليهما.

(٢) يعني من طريق جابر، فان طريق الصدوق ـ كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن جابر بن عبدالله الأنصاري فقد رويته، عن علي بن أحمد بن موسى رضي الله عنه، عن محمد بن أبي عبدالله الكوفي، عن محمد بن إسماعيل البرمكي، عن جعفر بن احمد، عن عبدالله بن الفضل، عن المفضل بن عمر، عن جابر بن يزيد الجعفي، عن جابر بن عبدالله الأنصاري.

(٣) طريق الصدوق الى معاوية ـ كما في مشيخة الفقيه ـ هكذا: وما كان فيه عن معاوية بن وهب، فقد رويته. عن محمد بن علي ماجيلويه رضي الله عنه، عن محمد بن يحيى العطار، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن محبوب، عن أبي القاسم معاوية بن وهب البجلي الكوفي.

(٤) سند الشيخ الى علا بن سيّابة كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب عن الحسن بن موسى الخشاب، عن علي بن حسان، عن علي بن عقبة، عن موسى بن اكيل النميري عن العلا بن سيّابة.

(٥) طريق الصدوق الى علاء بن سيّابة ـ كما في مشيخة الفقيه ـ هكذا: وما كان فيه عن العلا بن سيّابة

....

ورواية أبي هلال غير صحيحة، لان أبا هلال مجهول، وان كان اليه في الفقيه في هذه الرواية صحيحاً، لنقله عن عبدالله بن مسكان، واليه صحيح(١) وموثقة وفي طريق التهذيب والاستبصار، الحسن بن علي بن فضال(٢).

ولا دلالة فيها، وهو ظاهر.

وأمّا دليل الثاني(٣)، فكأنّه الجمع بين الأدلّة والأقوال في الجملة، والاعتبار بالشاهدين في نظر الشرع ورفع الحرج في الجملة.

ولكن ظاهر رواية هشام عدم الاعتبار بها، وكذا رواية علا بن سيابة.

وبالجملة المسألة من المشكلات، لما علمت مما تقدم، ولهذا افتى العلامة في القواعد بالعزل مطلقا اذا عزله، بل اذا فعل فعلاً يشعر بالرغبة، مثل الوطء وغيره ممّا لايجوز لغير الزوج مثل النظر واللمس وغيرهما أيضاً، ونفى البأس -عن عدم الاعتبار بالشاهدين وعدم العزل إلّا مع العلم- في التذكرة واحتمل العزل في الوطء بعد التوكيل وقوّاه حيث ذكر أدلّته وما ردّها واستشكل في غيره من المحرّمات على غير الزوج.

وتوقف المحقق الثاني في شرح القواعد في الوطء وسائر المحرّمات، وأفتى بالمذهب الثالث.

فقد رويته، عن أبي رضي الله عنه، عن سعد بن عبدالله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن على الوشاء، عن ابان بن عثمان عن العلاء بن سيّابة.

(١) طريقه إلى عبدالله بن مسكان ـ كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن عبدالله بن مسكان فقد رويته عن أبي، ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما، عن محمد بن يحيى العطار، عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن صفوان بن يحيى، عن عبدالله بن مسكان:

(٢) سند خبر أبي هلال ـ كما في التهذيب ـ هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن يعقوب بن يزيد، عن ابن فضال، عن عبدالله بن مسكان، عن أبي هلال الرازي.

(٣) وهو لابديّة اشهاد العدلين على تقدير تعذر الاعلام.

....

وقال في المختلف: فالظاهرعدم عزل الوكيل الآ ان يعلمه (يعلم خ) العزل لهذه الرواية (أي رواية هشام بن سالم) ثم قال: والقول الآخرليس بردي لأن الوكالة من العقود الجائزة، فللموكل، الفسخ وان لم يعلم الوكيل، ثم قال: وقول الشيخ في النهاية لابأس به، لانه توسط بين الاقوال(١) اشارة الى القول الثاني(٢)، ويمكن ان يقال: ان عقد النكاح عصمة ثابتة وفعل الوكيل مشروط برضا الموكّل به، فحلّه ودفعه يحتاج الى دليل قويّ، والعمل بامثال هذه الروايات في مثل هذا، فيه مافيه.

ويؤيّده انه يجوز للموكّل ابطال ماوكّل فيه بان يفعله بنفسه أو يخرجه عن الصلاحيّة مثل ان يعتق العبد الموكّل في بيعه، وانه لو رضي بفعل مايوكّل فيه، ثمّ بدا له لم يلزمه الفعل الآ مع رضاه ثانياً به، وكذا وكيله.

وتركها(٣) أيضاً بالكليّة لايخلو عن اشكال -مع صحّة البعض- للموكل كما ظهر، وبعد التأويل.

على انه قد يقال: يدلّ «أوْفوا بالْعُقود» بايجاب(٤) الوفاء بكلّ عقد، خرج منه الوكالة في غير صورة النزاع وبقي النزاع تحته، فتأمّل.

والشهرة أيضاً تويّده، اذ الأكثر على (الى خ) عدم العزل الآ بالاعلام كما هو مضمون الروايات ولم يعلم قول بالعزل مطلقا الا قول القواعد مع فتواه في غيره بالأول.

والاشهاد لادليل له ظاهراً، مع انه أيضاً ينفى بظاهر الرواية، وما تقدم في بعض الادلة لها يندفع بالنص عن اهل البيت عليهم السلام فيترك غيره فوجد

---

(١) الى هنا عبارة المختلف.

(٢) وهو لابديّة الاشهاد على تقدير تعذر الاعلام.

(٣) يعني ترك الروايات مع صحّة بعضها.

(٤) كذا في النسخ كلها والاولى على ايجاب.

....

دليل قويّ لحلّ العصمة وعدم اعتبار الرضا حين الفعل فيخرج عن القاعدة به، وكذا غيره مماتقدم الاشارة اليه فتأمل.

واما الوطء (١) والفعل المحرّم الدال على الرغبة، فان كان مقروناً بالندامة عن الطلاق والتوكيل فهو مثل العزل، وان كان مقروناً بعدمها، فيمكن ان لاينعزل، وان كان مشتبهاً يستفصل ويقبل قوله في ذلك على الظاهر، ومع عدم الامكان(٢) فلا يبعد بقاء الوكالة، اذ هذا الفعل اعم من الرغبة في النكاح والعزل والامساك وعدمها، اذ يجوز ان يتخيّل انه وان طلّقها ولكن اعمل الآن ماأُريد من الحظ واللذّة.

ولان الرواية المتقدمة(٣) دلت على بقائها حتى يعلم العزل والظاهر عدم العلم وان حصل الظن القوي من اقتضاء العرف بذلك فلا يبعد العزل، فتأمّل.

ثم ان الظاهر أنّ فعل الموكّل ذلك قصداً للعزل، فيكون ذلك عزلاً، ويدل على ذلك كلام شارح القواعد وشارح الشرايع أيضاً حيث اعترضا على دليل القواعد(٤): (لان الوطء (٥) يدل عرفاً على الرغبة واختيار امساكها، ولانه لو وطأها بعد الطلاق الرجعي لكان رجعة ومبطلاً لمقتضي الطلاق فلان يرفع مقتضي وكالة الطلاق أولى، لأنها اضعف):

---

(١) يعني ان الموكل بعد ان وكله في الطلاق وطأ زوجته او قبلها او لامسها ونحوها ممّا يحرم على غير الزوج.

(٢) يعني مع عدم الاستفصال.

(٣) هي ذيل رواية هشام بن سالم، من قوله عليه السلام: والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل الخ.

(٤) في القواعد: وتبطل الوكالة بفعل الموكّل متعلّق الوكالة وما ينافيها مثل ان يوكّله في طلاق زوجته ثم يطأها، فانه يدل عرفاً على الرغبة واختيار الامساك وكذا لوفعل مايحرم على غير الزوج (انتهى) ايضاح الفوائد ج٢ ص٣٥٤ طبع قم.

(٥) قوله قده: (لان الوطي (الى قوله) اضعف من كلام شارح القواعد صاحب جامع المقاصد ره.

....

بان(١) الوكالة قد ثبتت، ومنافاتها الوطء غير معلومة، ودعوى الأولوية ممنوعة والفرق قائم، فان الطلاق سبب قطع علاقة النكاح، فينافيه الوطء الذي هو من توابعه بخلاف الوكالة، وابعد منه فعل المحرّم على غير الزوج(٢).

فان هذا الاعتراض صريح في انه لو كان منافياً لكان عزلاً، فاذا كان مقروناً بالمنافي ـ وهو قصد الامساك ـ فلاشكّ في كونه عزلاً عندهما أيضاً، وهو ظاهر.

ولكن فيه تأمل، اذ منعا من العزل، اذا صرّح بالعزل، فكيف يقولان هنا بذلك الا ان يكون مرادهما انه يثبت بذلك حينئذٍ أنه عزله وقد مرّ حكم العزل أو يكون عزلاً مع علمه او (اذ خ) يكون العزل المفهوم من الوطء المقارن لمزيل الوكالة صريحاً أولى فينعزل به من دون الاعلام دون القول.

ويؤيده ان الوطء يصيّر المحلّ غير قابل لطلاقه، كطلاقه وعتقه وبيعه فتأمّل فهو غير بعيد ويكون قولهما موافقاً للقواعد في ذلك بل لايظهر فيه خلاف وانما يكون النزاع في المطلق أو مقروناً بقصد عدم الامساك فتأمل.

واعلم أيضاً أنه لاشك في انه لو وقع الطلاق في الطهر الذي اوقع الوطء فيه لم يصحّ الطلاق مطلقا، لما ثبت من إجماع المسلمين، على ان الطلاق لايصحّ في طهر المواقعة ولافي الحيض عند الأكثر الا ماستثني فكان المقصود والبحث مع عدم وقوع الطلاق فيها وترك للظهور فتأمل.

وانه(٣) قال في شرح القواعد: ان العلاّمة احتمل البطلان في الوطء واستشكل في المحرّمات في التذكرة ولم يفت بشيء، وللتوقف مجال.

---

(١) بيان للاعتراض الذي نقله الشارح قده بقوله: حيث اعترضا الخ عن المحقق الثاني.

(٢) الى هنا عبارة شرح القواعد.

(٣) عطف على قوله قده: انه لاشكّ.

....

وقال في شرح الشرايع: وتوقف في التذكرة في حكم الوطئ والمقدمات معاً.

والذي يفهم من التذكرة هو الفتوى في الأول وان قال بلفظ (احتمل) والاستشكال في الثاني. قال في التذكرة(في عدّ(١)عبارات العزل والفسخ ويوجدمن أحدهمامايقتضي فسخ الوكالة): فاذاوكّله في طلاق زوجته ثم وطأها احتمل بطلان الوكالة لدلالة وطئه لها على رغبة فيها واختياره وامساكها، وكذلك لو وطأها بعد طلاقها رجعياً كان ذلك ارتجاعاً لها، فاذا اقتضى الوطئ ارتجاعها (رجعتها خ) بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقائها على زوجيتها ومنع طلاقها اولى، وان باشرها دون الفرج أو قبّلها أو فعل بها مايحرم على غير الزوج، فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ اشكال ينشأ من حصول الرجعة به وعدمه(٢).

لأنه(٣) عدّه من عبارات العزل،ولأنه نقل الدليل ومارده،وما نقل -على العدم- وجهاً حتى يحصل التردد والوقف، وأيضاً فرّق بين الوطئ وغيره فلا يكون متوقفاً فيهما معاً، ولأنه جعله اولى من الرجعة فكيف يتوقف مع عدم التردد في الرجعة، وجعل وجه الاشكال في غير الوطئ، الاشكال في الرجعة ويؤيّده فتواه في القواعد.

وهذه العبارة أيضاً تدل على عدم النزاع في كونه عزلاً وعدم الشبهة فيه مع فرض كون الوطئ منافياً، ولاشكّ في ذلك مع مقارنة قصد الامساك والزوجيّة.

ولكن يحتمل ان يكون مبنياً على حصول العزل بمجرّد العزل كما هو سوق

---

(١) يعني في مقام تعداد الالفاظ الدالة على العزل والفسخ وفي مقام يوجد من الموكل او الوكيل قول او عمل يقتضي الفسخ قال: فاذا وكّله الخ.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) تعليل لقوله قده: والذي يفهم الخ.

فلو عزله انعزل ان علم بالعزل والّا فلا.

القواعد(١) فانه ذكره بعد الفتوى بانه ينعزل بالعزل، وان كان ذكره مع ذكر تلف ماوكّل فيه مثل عتق العبد وموته، يدلّ على عدمه.

فالظاهر من القواعد وغيره أن مراده حصول العزل بالوطء ونحوه مثل حصوله بطلاقه بنفسه وفعل منافٍ آخر، مثل بيع العبد الموكّل في بيعه، وعتقه، ولاشكّ انه مراد المصنف، فالظاهر منها (منها خ) ذلك.

ويؤيد العزل بمجرد الوطء مطلقا صحّة عتق الأب وتزويجه، وكذا الأمة وبيع الموكّل بنفسه ذلك قبل فعل الوكيل وسائر ماينافيه فلا يؤثّر فعل الوكيل بعده.

بل هذا مؤيّد لجواز عزله أيضاً من غير اعلامه فانه يدل على بقاء اختياره، فانه لو كان لازماً عليه فما كان ينبغي صحّة تلك العقود بالكليّة فوطؤه بمنزلة عتق الأمة وسلب صلاحيّة تطليقها الآن، ومقتضى الوكالة كان ذلك.

وكأنه كانت الوكالة، بأن يطلّقها قبل المواقعة فتأمل وبيّن بفعله عدم بقائها بعدها حيث اوجد المانع من الصحّة باختياره، وهذا هو الفرق بين الوطء وغيره، فتأمل.

ثمّ ان الظاهر من التفريع(٢) في الكتاب، العزل مطلقا علم أم لم يعلم فالتقييد بقوله: (ان علم بالعزل) غير جيد، فالعبارة لاتخلو عن شيء وهو ظاهر.

والعجب انهما(٣) ماتوجها الى ماذكرناه من عدم صحّة طلاق الوكيل لو

---

(١) قال في البحث الخامس: الوكالة عقد جائز من الطرفين (الى ان قال): وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكّل وغيبته، وبعزل الموكّل له سواء اعلمه العزل او لاعلى رأي وبتلف متعلّق الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه (الى ان قال): وتبطل الوكالة بفعل المُوكل متعلّق الوكالة وما ينافيها مثل ان يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها الخ (ايضاح القواعد ج٢ ص٣٥٣ـ ٣٥٤ طبع قم).

(٢) يعني تفريع المصنف انعزال الوكيل بالعزل، على كون الوكالة عقداً جائزاً يدل على عدم دخالة علم المعزول في انعزاله فالتقييد حينئذٍ غير جيّد.

(٣) يعني شارح القواعد وشارح الشرايع.

....

اوقع في ذلك الطهر، ولاالى انه لوعلم المنافاة وثبت ذلك هل ينعزل أم لا، بل ظاهر كلامهما وكلام التذكرة عدم النزاع حينئذٍ كما في صورة العتق والموت والبيع والرجعة، فكأنهم تركوا للظهور عندهم وان لم يكن ظاهراً عندنا.

وبالجملة، الظاهر ان الوطء المذكور، مثل البيع والعتق كما هو فتوى القواعد والتذكرة وظاهر كلامهما رحمهما الله على تقدير كونه دالاً على الرغبة والإمساك، فلا يؤثر فعل الوكيل بعده وان لم يكن بلغ اليه ذلك كما في العتق والبيع.

وما تقدم دليلاً على العزل، دليل عليه مع ظهور الشهرة، بل عدم(١) الصريح القائل بعدمه وعدم نصوصية شمول الرواية لعدم عزله بالوطء كما في العزل والشهود، فانها وردت في عدم العزل بعزله الوكيل بمجرد القول والشهود، لاالفعل المنافي ولهذا لايشمل البيع والعتق وفعل الموكل بنفسه ذلك، ولاخلاف ولانزاع في ان ذلك عزل للوكيل وابطال لأثر فعله وهو ظاهر.

فالحصر المستفاد من الرواية بقوله عليه السلام: (الوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه (يبلغه خ) العزل)أو(حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها)(٢) اضافي بالنسبة الى عزله لامطلقا وان كان مع الاشهاد أو مقيّد ببقاء ماوكّل به على ايّ حالة كانت الوكالة فيها ممضاة فتأمّل.

وأما غير الوطء، فان علم الرغبة والامساك يكون مثل العزل بالقول والّا فلا يكون عزلاً ويحتمل مطلقا فتأمّل.

وممّا يؤيّد ذلك انه ينبغي ان يكون للموكل طريق الى العزل كالوكيل،

---

(١) يحتمل ان يكون المراد عدم وجود القائل الصريح ويحتمل ارادة عدم تصريح القائل بعدمه.

(٢) الوسائل ذيل حديث ١ من باب١ من كتاب الوكالة نقلاً بالمعنى ج١٣ص٢٨٦.

ولو عزل نفسه بطلت.

وتبطل بموت أحدهما.

وخروجه عن التكليف ولو بالاغماء.

لأنه عقد جائز، ولان الشارع رغبه وخصّ على بقاء النكاح وكراهية الطلاق (وكره للطلاق خ)، ولهذا جوّز الرجوع، وقال: لعلّ الله يُحدث بعد ذلك أمراً(١) وقد يتعذر الإعلام والرجعة فتأمّل.

قوله: «ولو عزل نفسه بطلت» قد مرّ أنّ عقد الوكالة جائز من الطرفين بالإجماع فيجوز للوكيل عزل نفسه، سواء علم الموكل أم لا.

وشرط بعض العامّة حضور الموكّل وهو منفيّ بالأصل وقد مرّ أيضاً ان له فعل ذلك بعد عزل نفسه مالم يعلم بعزل الموكّل اياه كما هو مقتضى الروايات المتقدمة، مثل مافي صحيحة هشام: (الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل آه(٢))، والأدلّة فتذكر وتأمل.

وضمير (عزل) راجع الى الوكيل، وكذا (نفسه) وهو مذكور معنى كالوكيل والموكل لضميري (عزله)(٣) أي الموكل الوكيل وضمير (ان علم) اي الوكيل وهو ظاهر.

قوله: «وتبطل بموت احدهما» بطلان الوكالة بموت الوكيل، ظاهر فلا ينتقل الى الورثة (ورثته خ)، اذ الاذن غير ظاهر كغيره، وكذا بموت الموكّل، فان العقد كان جائزاً منوطاً برضاه ولا رضاء بعده، ولأنه لم يقدر على شيء فوكيله الذي فرعه ونائبه كذلك ولم يفعل في زمان قدرته مايلزم معه، الوكالة (كاجارة البيت خ).

وكذا بخروج احدهما عن التكليف او استحقاق التصرف فيما وكل فيه

---

(١) الطلاق - ١. (٢) الوسائل باب ٢ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٦.

(٣) يعني في العبارة السابقة عقيب قوله ره: الوكالة عقد ثابت الخ والمناسب ذكر هذا عقيب شرح تلك العبارة

....

سواء كان بجنون مطبق أو ادوار أو بالاغماء القليل أو بالحجر على الموكل عمّا وكل فيه.

والفرق بين النوم والاغماء القليل، وكذا بين المانع العارض للموكّل فيه مثل الحيض وطهر المواقعة، وبين العارض لهما ـ مثل توكيل المحرم في النكاح والصيد لعدم الابطال فيه وفي النوم بخلاف غيرهما ـ يحتاج الى التأمل.

ولعل دليلهم الفارق، الإجماع، ويفهم الإجماع من التذكرة في الموت والجنون والاغماء في الجملة، بل الحجر أيضاً حيث مانقل الخلاف الّا في البعض عن بعض العامّة وصرّح في الجنون والاغماء في شرح الشرايع بالإجماع.

وانه لافرق في ذلك كله بين الوكيل والموكل، فلو لم يعلم الوكيل موت الموكّل وتصرّف لم يكن تصرفه ماضياً، بل يقع باطلاً، لان ذلك هو الأصل، وانما خرجت مسألة العزل بالنصّ.

هذا مؤيد للبطلان بالوطء ونحوه، لعدم النص فيه (بل خ) لعدم البطلان بالعزل أيضاً، فمن لم ير العمل بالنص ـ إما لعدم عمله بالخبر الواحد كابن ادريس والسيد أو يقدح في دلالته أو سنده ـ لايقول به، فتأمّل.

ثم أعلم أنه على مامرّ من تحقيق ان للوكيل ـ بعد عزل نفسه مادام لم يرض به ولم يرجع الموكّل ـ أن يتصرف بالاذن السابق، وكذا له ذلك في صورة بطلان الوكالة لجهل الجعل والتعليق.

ينبغي ان يجوز له هنا ذلك بعد دفع المانع مالم يعلم ولم يظهر عدم رضاء الموكل للاستصحاب وعدم الدليل على عدمه سوى الإجماع، وهو حينئذٍ غير ظاهر.

وأيضاً ينبغي جواز ذلك بعد زوال المانع من الموكّل من غير لزوم تجديد عقد بعده، وانما يكون باطلاً في زمان العذر فقط مثل حال الجنون والاغماء والحجر، والإجماع في غيرها غير ظاهر.

وبفعل الموكل متعلّق الوكالة وبتلفه.

وظاهر الدليل جوازه، ولهذا قيل بدخول الصيد الغائب، في ملك المحرم بعد رواله وما نحن فيه أولى.

وأيضاً الظاهر أن من وكّل محلاً فصار محرماً لم يحتج الى تجديد عقد الوكالة اذا صار محلاً فتأمّل ففي اطلاق البطلان في هذه الصورة تأمل، ويحتمل تأويله بما قلناه فتأمّل.

واما بطلانها بفعل الموكل متعلّق الوكالة، فظاهر، اذ لاشكّ في ثبوت ذلك له قبل الوكالة، ومعلوم عدم اقتضاء الوكالةعدمه له، اذ لامنافاة بين التوكيل وجواز فعله لنفسه خصوصاً ان الوكالة جائزة، غاية الأمر ان يكون ذلك فسخاً وابطالاً للوكالة، ومعلوم أنه لم يبق ماوكّل فيه بعد فعله اياه فلا تبق الوكالة لعدم بقاء محلّها فهو بمنزلة تلف ماوكل فيه الذي اشار اليه بقوله: (بتلفه) أي تلف متعلق الوكالة مثل موت العبد أو الدابة.

أو يقال: إنّ عزمه على الفعل -مثل البيع والعتق فقط، او هو مع الفعل- عزل وابطال للوكالة، والظاهر الأوّل(١).

ويتفرع عليه انه لو فعل عقداً فاسداً هل تبطل الوكالة وينعزل الوكيل أولا، فعلى الأول لا، وعلى الثاني، نعم.

ويؤيد الأوّل ماتقدم في الروايات أن الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل بثقة أو يشافهه(٢) فكأنّ المصنف يريد بفعل الموكّل متعلّق الوكالة الفعل الصحيح كما هو الظاهر او أعم بقصد العزل، ويحتمل بدونه(٣) أيضاً وقد مرّ مثله في الوطء وهو بعيد هنا.

---

(١) يعني ان الوجه في بطلانها عدم بقاء محلها لاان عزمه على الفعل موجب لبطلانها.

(٢) لاحظ الوسائل ذيل حديث ١ من باب ٢ من كتاب الوكالة ج١٣ص٢٨٦.

(٣) يعني بدون قصد العزل أيضاً.

لا بالنوم المتطاول، والتعدي.

وعتق العبد وبيعه وطلاق الزوجة.

ولافرق في ذلك بين علم الوكيل وعدمه قبل فعله الموكّل فيه، فلو باع أو اعتق الموكّل قبله ثم فعل هو مع الجهل بذلك، فلا أثر له، وانما المعتبر فعل الموكّل وهو ظاهر.

والظاهر عدم الخلاف في ذلك، فان الموكل ليس بانقص من الوكيل، وقد مرّ ان فعله ـ مقدّماً على فعل الموكل مع العزل اذا لم يعلم ـ مقدم على فعله.

ولا تبطل بالنوم وان كان طويلاً للأصل والاستصحاب، وعدم الدليل على كون النوم مزيلاً لها، وأنه لو كان كذلك لكان بقاء الوكالة مشكلاً، اذ الخلو عنه متعسر، بل متعذّر، فانه ضروري.

ولابتعدي الوكيل بأن فعل مالايجوز له في الموكّل فيه مثل ان لبس الثوب وركب الدابّة وسكن الدار وغير ذلك.

ودليله ماسبق، نعم لو كان ممن شرط عدالته في الفعل الموكّل فيه، وفعل ماينافيها سواء كان تعدّياً في الفعل الموكل فيه أو غيره ـ مثل من وكّل لعدالته ووكيل الوكيل والوصيّ على ماقيل ـ لايجوز له الفعلُ الموكّل فيه مادام كذلك فلو صار عدلاً يمكن عود الوكالة لوجود الاذن السابق ورفع المانع مع احتمال العدم لعدم المقتضي فان الأوّل قد ارتفع وعدم بقاء الاعتماد عليه فتأمل.

قوله: «وعتق العبد الخ» كأنه اشارة الى قسم آخر من مبطلات الوكالة وفعل الموكل ماينافيها ويبطلها، مثل ان يعتق العبد الذي وكّل في بيعه وهو مثل فعله متعلّق الوكالة، وكذا بيعه العبد الذي وكل في عتقه.

ويحتمل جعلها مثالاً لفعله متعلّق الوكالة كطلاق الزوجة التي وكّل في طلاقها، فانه مثال لذلك، ولكن العبارة غير جيّدة، فانّ عتق العبد وبيعه وطلاق الزوجة عطف على موت أحدهما أو على ماعطف عليه وكان الكل مندرجاً في قوله:

اما لو اذن لعبده ثم باعه أو أعتقه بطل الاذن.

(وبفعل الموكل) فلا يحسن العطف بعده وهذا المحذور واقع في قوله: (وطلاق الزوجة) وان امكن رفعه من غيره، لما تقدم من المعنى الأوّل.

ويمكن ان يقال هنا أيضاً: المراد، الزوجة التي وكّل في الانفاق عليها والإسكان وغيرها من لوازم النكاح ثم طلّقها قبلها، فان ذلك مبطل للتوكيل، لكونه منافياً، مثل العتق.

والاولى ان يعطف الكل على قوله: (النوم) ليسلم من ذلك، وللقرب وعدم الفصل بالاجنبي، ولقوله: (اما الخ)ولا ينافيه البطلان بفعل ماينافي الوكالة فان معناه لايبطّل الوكالة اذا عتق او باع عبده الذي وكّل في امره، وكذا اذا طلق زوجته الوكيلة، اذ لامنافاة بين هذه الامور وبقاء الوكالة بوجهٍ، فيحكم بحكم الاستصحاب على بقائها.

نعم ان قيل باشتراط اذن المولى في وكالة العبد مطلقا أو مع منعه من بعض منافعه وهنا كذلك، لابدّ حينئذٍ عن (من خ) اذن المشتري، والظاهر العدم الا ان يكون مانعاً عن بعض منافعه ومضراً على المولى فلو لم يكن شيء من ذلك بوجهٍ فلا مانع من ذلك، وهذا مختار شارح الشرايع ونقله عن التذكرة وظاهرا نه حينئذٍ لايجوز مع المنع.

وعلى هذا فهو مشروط بعدم ظهور المنع والعمل بالقرائن كالاستظلال، بل مثل شرب الماء من ساقية الناس فتأمل.

بخلاف مالو كان العبد مأذوناً من حيث انه خادم وتصرفه بالخدمة والاذن لاوكالة مستقلاً، فانه يبطل بالبيع والعتق، ويمكن مثل ذلك في الزوجة أيضاً فتأمل.

والفرق بين الاذن والوكالة، ان الاذن من حيث التملك والخدمة عليه فكأنه يفعل، لانه خادم والوكالة امر مستقلّ من غير نظر الى ذلك، بل جعل الأمر

والاطلاق يقتضي البيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً.

اليه مثل جعله الى غيره من الأحرار وسائر الوكلاء.

وبالجملة انما النظر الى قصد الموكّل لا لفظه.

فان قصد معنى الوكالة التي في الاحرار فهي وكالة، وان قصد الاذن التابع لملكيته فهو مجرد اذن تابع لها فيؤخذ مع كل واحد احكامها فمثله يمكن في غير العبد مثل الزوجة فتأمل.

قوله: «والاطلاق يقتضي الخ» وجه اقتضاء اطلاق الوكالة في البيع، البيع بثمن المثل اذا لم يكن هناك باذل أزيد، ذكره في التذكرة فتأمل وكون الثمن بنقد البلد وحالاً.

هو أن المتبادر من الاطلاق ذلك عرفاً وعادة فيحمل عليه، لان المدار في امثال ذلك عليه.

وقد استثني من ذلك نقصان القدر اليسير الذي لايضايق بمثله، بل يتسامح عادة به كدرهم ودرهمين في ألف وهو ـ مع العلم بذلك ـ غير بعيد، بل أزيد أيضاً وأما بدونه فمشكل، والناس متفاوت في ذلك، نعم ليس ببعيد ذلك مع الجهل أيضاً اذا كان يسيراً جداً، ويبنى ذلك على العرف العام الغالب وان لم يعلم كون الموكّل من الغالب خصوصاً اذا كان ذلك القدر لايوجد الباذل به الّا مع المشقة فتأمل واحتط.

وقيل: قال في التذكرة أيضاً: انما يجوز الاقتصار على ثمن المثل مع عدم وجود باذل لازيد من ذلك والّا فلا يجوز، بل لايصحّ البيع حينئذٍ، اذ يجب رعاية المصلحة على الوكيل، وصحّة فعله موقوفة عليها، ومعلوم عدم المصلحة، بل لو باع بخيار له ثم وجد الباذل زائداً في زمانه، يجب عليه الفسخ ويبيعه بالزائد بشرط الوكالة في ذلك أيضاً.

بل يمكن ذلك في ماعيّن الثمن أيضاً، فان الظاهر ان تعيينه انما هو لظنه

وتسويغ البيع على ولده أو زوجته، لاعلى نفسه الا مع الاذن فيجوز حينئذٍ ان يتولى طرفي العقد على رأي.

عدم الزيادة عليه، وهو المفهوم عرفاً، اذ المتعارف والغالب(١)، انّ شخصاً لم يبع بانقص مع وجود الزائد، والامور محمولة على الغالب والعرف.

مع ان ذلك أيضاً منوط بالمصلحة ولامصلحة في البيع بالناقص مع وجود الزائد.

نعم يمكن عدم الالتفات اذا كان الزائد انما يحصل ممن لااعتماد عليه بأن يحتمل ان يجيء ويطلب الفسخ بخيار أو حيلة أو جبر أو يكون في ثمنه شبهة تحترز عن مثله لموكّله أو يكون ممن لاينبغي المعاملة معه.

وبالجملة تكون المصلحة في عدم معاملته أكثر مع كثرة ثمنه من المعاملة مع غيره مع قلّته.

واما نقد البلد فان كان واحداً فمعلوم انه يتعيّن في الوكالة، وفي البيع أيضاً، ومع التعدد ينصرف الى الغالب النافع له، ومع التساوي فيهما مخيّر بين الكل وهو ظاهر.

قوله: «وتسويغ البيع على ولده الخ» يعني اطلاق الوكالة في البيع يقتضي جواز بيع الوكيل، الموكّل فيه، على ولده، وكذا على زوجته.

والظاهر انه لاخلاف عندنا في جواز البيع على الولد الكبير والزوجة كما في غيرهما.

نعم لبعض العامّة وجه في عدم الجواز لمظنة التهمة، وهو باطل لعموم ادلة التوكيل وعدم صلاحيّة مثل ذلك مانعاً.

---

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة والصواب في العبارة: اذ المتعارف والغالب هو ان شخصاً لايبيع الخ.

....

وأمّا على الولد الصغير فللشيخ أيضاً قول بالمنع للزوم اتحاد الموجب والقابل، ولأنه يجب عليه رعاية المصلحة من الجانبين والمماكسة مهما أمكن وذلك لم يمكن حينئذٍ.

ولكن الشهرة مؤيدة، لعموم الأدلة والمنع من بطلان الاتحاد، ولهذا يجوّز الشيخ وغيره البيع لنفسه على ولده وبالعكس وكذا الجدّ، وهو يدلّ على بطلان المماكسة أيضاً فتأمّل ولأن فعله منوط بالمصلحة للموكّل والمولّى عليه، فمعها يصحّ، وبدونها لا تصحّ والفرض وجودها.

وأما البيع على نفسه ـفع الاذن صريحاً أو القرينة الدالّة على ذلك بوجهـ فالظاهر الجواز مع المصلحة، اذ لامانع حينئذ الا لزوم الاتحاد ووجوب المماكسة.

وقد عرفت انهما ليسا بمانعين، لوجودهما في الأب والجدّ، على انه قد يسامح في ماله ويلاحظ جانب الموكّل فتى علم رضاه واذنه يجوز ذلك كما انه لايجوز لو علم عدم رضاه واذنه به فلا اعتبار بخلاف بعض الاصحاب ومنعه عن ذلك حينئذٍ أيضاً، لان الاتحاد محال واليه اشار في المتن، بالرأي الثاني.

وأما اذا لم يعلم أحدهما ـبان يطلق مع عدم فهم شيء بوجهـ فظاهر اكثر المتأخرين كالمصنف في غير المختلف والتذكرة المنع.

ويمكن ان يستدل عليه بأنّ الأصل عدم جواز التصرف في مال شخص ـببيع ونحوهـ على شخص عقلاً ونقلاً الآ باذنه، والفرض عدم العلم به، والظاهر انه لانزاع فيه في هذا المقام، فكأن النزاع في انه هل يفهم الاذن والرضا من مجرد قوله: بع مالي من دون انضمام شيء، فالدليل على عدم الفهم حينئذٍ، الأصل وعدم ظهور الدلالة لان المتبادر من قوله: (بع) البيع على ا لغير عرفاً وعادة.

ويؤيّده ماتقدم من أصل عدم الجواز حتى يعلم وليس ذلك بمعلوم، لجواز ارادته البيع على الغير.

....

ويؤيّده أيضاً بعض الروايات في المنع عن الشراء، لعدم الفرق وعدم القائل به على الظاهر، مثل رواية هشام بن الحكم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا قال لك الرجل: اشترِ لي فلا تعطه من عندك وان كان الذي عندك خيراً منه(١).

ورواية اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبعث الى الرجل يقول له: ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق، فيكون عنده مثل مايجد له في السوق فيعطيه من عنده، فقال: لايقربن هذا ولايُدنِسْ نفسه، ان الله عزّوجلّ يقول: «انّا عرَضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبَيْن أن يحْمِلنها واشفقن منها وحَمَلَها الإنسانَ إنّه كانَ ظَلوماً جَهولاً»(٢)، وان كان عنده خير مما يجد له في السوق فلايعطيه (يعطه خ) من عنده(٣).

وقال بعض بالجواز مثل المصنف في المختلف والتذكرة، وأبي الصلاح، للأصل.

وفيه تأمل، ولعل المراد انه بعد (ان خ) اذن له جاز البيع لأصل الجواز، اذ يفهم الوكالة والاذن من قوله: (بع) اذ لاشك انه يصدق على بيعه على نفسه انه بيع، لغة، والعرف المدعى والتبادر كذلك ممنوع لأصل عدم النقل والتخصيص والتبادر.

ويؤيّده ماتقدم في بحث الحج أن للوصي ان يحج بنفسه عن الموصي، للرواية(٤)، وانّه لو وكّله في تقسيم المال على قبيلٍ هومنهم يجوز الأخذ لنفسه أيضاً

---

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من ابواب آداب التجارة ج ١٢ ص ٢٨٨.

(٢) الأحزاب: ٧٢.

(٣) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من ابواب آداب التجارة.

(٤) لاحظ مجمع الفائدة ج ٦ ص ١٥٦ سطر ١٦.

....

للرواية(١) وان كان فيهما أيضاً خلاف وتأمل الآ ان بعض من منع هنا قال به هناك، مع ان هناك اقرب، اذ أخرج(٢) أو قسّم اظهر في الدلالة على الغير من (بع) والروايتان(٣) في الشراء.

وقد يفرق على ان ليستا صريحتين في المنع عن الشراء، بل عن الاعطاء مطلقا، وهو اعمّ، وأنّه قد يكون المراد الأولى والأحسن أو مع ظن التهمة والتدنيس كما هو ظاهر الرواية الثانية للآية(٤)، ولقوله عليه السلام: (لايدنّس) ان يكون المنع عن التدنيس اومع فهم المنع.

على ان في سندهما تامّلاً فانها مرويتان في كتاب المكاسب من التهذيب، في سند الأُولى، (داود بن رزين)(٥) فهو أيضاً غير معلوم التوثيق، فانه مذكور في كتاب الشيخ والنجاشي والكشي بغير توثيق، بل مدح أيضاً، نعم قال في الخلاصة: قال النجاشي: انه ثقة وفي رجال ابن داود: والنجاشي ثقة(٦).

ولكن مارأيته في كتابه (ثقة) والتوثيق، والكتاب الذي عندي عليه اثر

---

(١) لاحظ مجمع الفائدة ج٤ ص٢٢٩ (الثاني الخ).

(٢) خرج في مثال الحج أو قسم في مثال تقسيم المال.

(٣) يعني بهما رواية هشام واسحاق بن عمار.

(٤) يعني آية عرض الأمانة المذكورة في الرواية المتقدمة.

(٥) لم نعثر على راوٍ يسمى بـ(داود بن رزين) في كتب الرجال وصاحب جامع الرواة لتبحره في التتبع استظهر في جامع الرواة كونه داود بن زربي قائلاً بعدم وجود داود بن رزين في كتب الرجال، ولم يذكره الكشي أيضاً في كتابه نعم قد تعرض لداود بن زربي قال: وكان اخصّ الناس بالرشيد (الكشي ص٢٠٠ طبع بمبئي) وقد تعرض أيضاً العلامة في الخلاصة بعنوان داود بن زربي قال: وكان اخص الناس بالرشيد واورد الكشي مايشهد بسلامة عقيدته، وقال النجاشي: انه ثقة ذكره ابن عقدة (الخلاصة ص٣٤).

(٦) قال المحقق المتتبع الحاج الشيخ عبدالله المامقاني رحمه الله: قال ابن داود في الباب الاوّل من رجاله ـبعد عنوان الرجل والتكلم في ضبطه بما مرّ نقله عنه ـ: مالفظه: كان اخص الناس بالرشيد وكان معتقداً في أبي عبدالله عليه السلام اهمله الشيخ ره و وثقه النجاشي (انتهى) (تنقيح المقال ج١ ص٤٠٩ سطر٦).

ولو قدر له اجل النسيئة لم يتخطاه.

الصحّة، بل عليه خطّ ابن داود على مايظهر.

وبالجملة، الصحّة غير معلوم، ولهذا ماصححت في كتب الاستدلال، مثل شرح المتن، وشرح الشرايع، ولكن في كتاب التجارة مذكورة بسند حسن وهو:

علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الفضل بن شاذان، عن ابن أبي عمير، عن هشام بن الحكم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال الخبر(١).

وفي الثانية(٢): الحسن بن علي ـ كأنه ابن الفضال على الظاهر ـ والوليد بن مدرك، وما رأيته، واسحاق مشترك، بل الظاهر انه ابن عمار الذي لهم فيه كلام ولاشكّ ان الأحوط الامتناع كما اقتضاه الرواية وان كان دليل الجواز لايخلو عن قوّةٍ فتأمّل.

ثم (بل) الظاهر انه لافرق بين وكيله وعبده المأذون، ويمكن الفرق، اذ قد لايجري دليل المنع في النفس (في نفس الأمرخ) فيهما وهو ظاهر.

ولم يفرق بعض العامّة بين الوكيل والموكّل في العقد لنفسه اذا وكّلته الزوجة في التزويج لنفسه، لان يد الوكيل يد الموكّل وهو بمنزلته، وهو حينئذٍ بعيد، اذ لاوجه إلّا الاتحاد ولااتحاد حينئذٍ فتأمل.

قوله: «ولو قدر له اجل الخ» اشارة الى عدم جواز التعدي عمّا عين له الموكّل وهو ظاهر الّا ان يعلم عدم تعلّق غرض بالذي عين، بل وقع اتفاق أو انه لغرض اعتقده في ذلك مع تحققه بدونه أيضاً، مثل أن عيّن سوقاً، وعلم انّ الغرض

(١) رواه الكليني ره ايضاً ـ في باب آداب التجارة من كتاب المعيشة ـ عن علي بن ابراهيم، عن أبيه ومحمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان، جميعاً، عن ابن أبي عمير، عن هشام بن سالم تقول: ان هذا السند صحيح أوحسن.

(٢) يعني رواية اسحاق وسندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا الحسين بن سعيد، عن الحسن بن علي، عن علي بن النعمان وأبي المعزا والوليد بن مدرك عن اسحاق.

وان اطلق تقيّد بالمصلحة عرفاً.

جودة ثمن ذلك السوق، لاغير وهو حاصل في غيره فيجوز ان يبيع في غيره، ففي مثله يجوز التعدي، بل في الحقيقة ليس التعدي ونظيره مضى في النيابة في الحجّ(١).

وأمّا اذا لم يعلم الغرض او لم يحصل مع عدم ذلك القيد فلا يتعدى عما يفهم من تقييده عرفاً.

وجهه ظاهر، فان التصرف انما هو بالوكالة والاذن، واذا لم يكن الاذن فلا يجوز التصرف، فاذا عين ان يبيع نسيئة وعيّن له أجلاً معلوماً مثل شهر، فلا يتعدى الى اكثر، بل الى النقد وانقص(٢) أيضاً، اذ قد يتعلّق الغرض بذلك مثل حفظه عنده وغير ذلك الّا ان يعلم كما مرّ.

واذا عيّن النسيئة ولم يعيّن الاجل بل أطلق، فالظاهر انه يصحّ ويناط بالمصلحة في امثاله، لعموم ادلّة الوكالة، ولأنّ ظاهر كلامه انه جعل ذلك لمصلحته (الى مصلحته خ) والعرف، فهو بمنزلة من قال: بأي أجل شئت، ولأنه بمنزلة اطلاق البيع وعدم تعيين الثمن، ولأن الظاهر انه لاقائل منا بعدم الصحّة، ولهذا نقل في شرح الشرايع انه قال في التذكرة: اذا وكّله في البيع نسيئة ولم يعيّن صحّ عندنا، ولكن عبارة القواعد: (ولو اطلق احتمل البطلان للجهالة، والصحّة لتقييده بالمصلحة)(٣) منافية (تنافيه خ) ويبعد ان يكون بمجرّد ابداء الاحتمال فتأمّل.

والذي رأيت في التذكرة: (مسألة: اذا وكل في البيع مؤجلاً، فان قدّر الأجل صحّ وان اطلق، فالاقرب، الجواز ويرجع في ذلك الى مصلحة الموكل والمتعارف الخ(٤))ولكن(٥) رأيت ماذكره أيضاً في موضع آخر من التذكرة.

---

(١) راجع مجمع الفائدة ج٥ ص١٣٨.

(٢) أي أنقص من شهر مثلاً.

(٣) ايضاح القواعد ج٢ ص٣٤٤ ط١٠.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة.

(٥) حاصل مراده انه نسب شارح الشرايع الى التذكرة أنه قال: (عندنا) ولكن الذي رأيت انه قال في التذكرة الاقرب ولكن في موضع آخر من التذكرة ذكر مثل مانسبه في شرح الشرايع بقوله: (عندنا) وحينئذٍ

←

ووكيل البيع لايملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن، وبعده لايجوز له المنع ولايملك قبض الثمن.

فالوجه انه يريد بـ(عندنا) عندي فلايرفع احتمال القواعد، ولاشكّ أن الترك حتى يصرّح بشيء، أحوط.

قوله: «ووكيل البيع لايملك الخ» وجهه أن تسليم المبيع ليس بداخل في مفهوم البيع ولايشترط في ذلك فلا يكون وكيله مالكاً اذا وكّله في البيع (اذ ماوكّله الّا في البيع خ).

واما اذا اعطى الثمن الى الموكّل أو وكيله الجائز له قبضه أو ابرأه من الثمن، فلا يجوز منعه، لانه صار ملكاً للمشتري خالصاً بحيث لايجوز للموكّل وغيره منعه، فيجب عليه التسليم كالموكّل وان لم يكن وكيلاً في التسليم صريحاً.

وظاهر كلام التذكرة والقواعد، أنّ التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع، فيمكن تقييدهما بما بعد توفية الثمن كما صرّح في المتن وقيد في التذكرة في مسألة بعدها واستشكل في القواعد قبل احضار الثمن وقرّب المنع.

فكأنه يريد بالاحضار التسليم، ويمكن ان يكون اعمّ كما يفهم من شرح القواعد، لان المبيع لاشكّ انه أخرجه عن ملك البايع فحبسه حبس مال الغير عن ملكه (مالكه خ) وهو غير جائز.

وفيه تأمّل، اذ كونه له لايستحق(١) وجوب التسليم في الحال، اذ قد يكون موقوفاً على تسليم الثمن كما قالوا ذلك فيما اذا باع الموكل بنفسه، نعم لو ثبت وجوب التسليم على البايع أوّلاً -لان العرف يقتضي ذلك- فان البايع أوّلاً يسلّم ثم يتسلّم، ولانه غالباً هو الأحوج.

فلامنافاة بينه وبين ماذكره في القواعد من احتمال البطلان.

(١) يعني ان صيرورة المبيع ملكاً للمشتري لايوجب استحقاقه للتسليم اليه.

....

ولكن في ذلك تأمّل، قد يدعى العكس الّا ان يكون هناك قرينة أو عرف يقتضي ذلك، يجب(١) والا فلا، فان تسليط الغير بمجرد البيع الذي لايعلم التسلط بمجرده، غير ظاهر، ولأنه يفعل مافيه المصلحة ولامصلحة في ذلك الّا ان يفرض فيه تلك المصلحة، فتأمّل.

ولايملك قبض الثمن أيضاً، وتقريبه يفهم ممّا تقدم، نعم ان كان عرف، متبع مقرّر أو قرينة تقتضي ذلك، مثل ان وكّله للبيع في بلاد بعيدة مع عدم وكيل آخر للقبض وعدم امكان القبض للموكّل عرفاً، فان الظاهر والمصلحة يقتضي القبض والوكالة فيه وصرّح به في التذكرة، وقال أيضاً: يضمن لو لم يقبض الثمن.

وكأنّه يريد وان كان مأذوناً في تسليم المبيع، فانه لو لم يكن ذلك فقد علم الضمان من قبل، قال: لأنّه يقال عرفاً: ان من فعل ذلك فهو مضيّع لمال الموكل، فان دلّت قرينة على المنع لايجوز الأخذ إجماعاً، وان لم يكن هناك قرينة لم يملك القبض.

كأنه لاخلاف عندنا فلا يجوز له ذلك، ولايكون وكيلاً فيضمن، نعم لو اعطاه المشتري لان يتسلّم فيكون وكيلاً له في التسليم الى الموكّل ولايكون ضامناً لو تلف ويكون الثمن في ذمة المشتري حتى يسلّم الى البايع أو وكيله في ذلك وهو ظاهر.

واعلم انه قال في التذكرة: اتفقوا ـ اي الشافعيّة ـ على ان الوكيل لعقد الصرف يملك القبض والاقباض لانه شرط في صحّة العقد، وكذا في السلم يقبّض وكيل المسلّم اليه رأس المال ووكيل المسلّم يقبضه ايّاه لامحالة عندهم وعندي في ذلك كلّه نظر، والوجه انه لايملك القبض بحال، لعل وجهه ماتقدم،

---

(١) يعني فحينئذٍ يجب.

ووكيل الشراء يملك تسليم الثمن.

ولكن نجدأن ماقالوه أوجه، لما تقدم من دليلهم، فتأمل.

قوله: «ووكيل الشراء الخ» وجهه غير ظاهر، الا ان يدّعى العرف في ذلك، ولهذا قيل: بالزام المشتري باعطاء الثمن أوّلاً، ولكنه غير ظاهر.

والظاهر عدم الفرق بين وكيل البايع ووكيل المشتري في انه ليس لهما اقباض مافي ايديهما الا بعد وصول عوضه الى الموكّل ولاقبض العوض الآ مع الإذن المعلوم صريحاً أو بالقرائن المفيدة لذلك كما مرّ في البيع وصرح به المصنف وغيره.

قال في التذكرة: اذا اشترى ماوكّل فيه، ملك تسليم ثمنه لانه من تتمته وحقوقه، وهو كتسليم المبيع(١).

فاراد بكونه مالكاً للتسليم بعد وصول المبيع الى الموكل بقرينة قوله: (كتسليم المبيع) مع تصريحه في المبيع بذلك.

قال: قد بيّنا انه ليس للوكيل ان يسلّم المبيع الى المشتري قبل ان يستوفي الموكّل آه(٢).

وقال أيضاً: اذا وكّله في البيع فقد قلنا: انه لايملك قبض الثمن، لكن يملك تسلم المبيع اذا كان في يده ثم قال: في مسألة الوكيل في البيع يملك تسليم المبيع بعد الايفاء على ماقلناه نحن ولايملك قبض الثمن على مااخترناه.

وهذا الكلام يدل على عدم الخلاف في ذلك عندنا، وعلى عدم الفرق بين البيع والشراء، اذ قال: (انه كالبيع) فالفرق المفهوم من المتن محلّ التأمّل، وان قيّد الشراء بما بعد ايفاء الموكّل الثمن ـ كما في البيع ـ لم يبق فرق بينهما وتصير عبارة المتن غير جيّدة.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة ج٢ ص١٢٣.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

وقبض المبيع كقبض الثمن.

ولايملك وكيل الحكومة والاثبات، الاستيفاء وبالعكس.

ولو اشترى معيباً بثمن مثله جاهلاً بالعيب وقع عن الموكّل، ولو علم افتقر الى الاجازة.

وقوله: (وقبض المبيع كقبض الثمن) معناه كما انه ليس للوكيل في البيع قبض الثمن الّا مع الاذن، كذا ليس لوكيل الشراء قبض المبيع الّا معه.

قوله: «ولايملك وكيل الحكومة الخ» اي لو وكّل شخص شخصاً في دعوى على شخص في أمر عند حاكم واثبات حقه عليه تثبت الوكالة فيما وكّله فيه ولايتعدى في استيفاء ذلك الحق بعد اثباته فلايملك الوكيل ذلك أي ليس له ذلك فان أخذ يكون ضامناً إذ ماوجد الّا التوكيل في الاثبات وذلك غير مستلزم للإذن في الاستيفاء بوجه.

نعم لو علم الإذن ولو بالقرائن كما مرّ في البيع والشراء، يكون له ذلك، وكذا الأمر في العكس اي ان كان وكيلاً في الاستيفاء لايملك الحكومة والاثبات عند الحاكم، ووجهه ظاهر مفهوم ممّا تقدم.

قوله: «ولو اشترى معيباً الخ» دليل وقوع بيع المعيب عن الموكّل -اذا كان الوكيل جاهلاً بالعيب وكان البيع بثمن المثل- أنه وكيل وفعل ماوكّل فيه مع المصلحة فيقع للموكّل، لأنه غير مكلّف الّا بعلمه، والفرض علمه بانه غير معيب.

ودليل عدم وقوعه -مع علمه بالعيب أو مع كون الثمن زائداً على ثمن مثله فيكون موقوفاً على الاجازة على القول بالفضولي والّا يكون باطلاً- ظاهر، لان الفرض علمه بالعيب وشراؤه زائداً على ثمن المثل مع كون التوكيل بشراء الصحيح وبثمن المثل، فما فعل ماوكّل فيه فلا يكون واقعاً للموكل.

بخلاف مالو اشترى بغبن، فانه يقع باطلاً على عدم القول بالاجازة والّا

ولو كان بغبن فكذلك ، عالماً كان أو جاهلاً .

فيتوقف عليها مطلقا، سواء كان عالماً بالغبن أو جاهلاً، صحيحاً كان أو معيباً، واليه اشار بقوله: (ولو كان بغبن الخ).

والفرق بين شرائه المعيب (شراء المعيب خ) وبالغبن، أن العيب قد يخفى فهو في شرائه معذور، والوكالة شاملة له، اذ ليس بمكلّف الا بالظاهر كما لو (اذا خ) اشترى بنفسه، بخلاف الغبن فانه لايخفى، بل يعلم بالاستفسار فانه يقع الشراء بالغبن مع التقصير فليست الوكالة شاملة له، هذا.

ثم اعلم أنّهم صرّحوا بان الوكالة في الشراء انما تنصرف الى الصحيح وبثمن المثل. قال في التذكرة: اقتضى ذلك شراء السليم دون المعيب عند علمائنا أجمع.

الظاهر انه كذلك في الانصراف الى ثمن المثل دون الزائد، وهو أظهر وحينئذٍ كيف يقع شراء المعيب للموكّل دون الزائد.

والظاهر منه هو الصحيح حقيقة، لابحسب نظره وظنه كما في ثمن المثل، فان كان المراد بحسب الظاهر فينبغي ان يكون في ثمن المثل كذلك كما هو كذلك في الشراء بنفسه.

والفرق بينهما ـ بجعل الاول بحسب الظاهر والثاني بحسب نفس الامر، بناءً على ان العيب قد يخفى ولم يخف ثمن المثل ـ غير ظاهر، اذ ثمن المثل أيضاً قد يخفى ولم يعلم الاّ مع بذل الجهد، والعيب أيضاً قد يظهر ولايكون موقوفاً على بذل الجهد فاطلاق الحكم فيهما ـ على الوجه المتقدم ـ محلّ التأمل، بل ينبغي التقييد بأن لم يكن الوكيل في شراء المعيب مقصّراً وكان في الشراء بالغبن مقصراً.

(ودعوى) ان المشتري بالغبن مقصّر دائماً دون المعيب (مشكلة).

على أنه قد يدّعي الموكل عدم الرضا بالمعيب أصلاً ودعوى(١) صرفها الى

(١) في عدة نسخ هكذا: ان كان ثمن المثل مثل المعيب ولعلّ الصواب ماأثبتناه.

ثم ان ذكر الموكّل في العقد لم يقع عنه ولا عن الموكّل الآ بالاجازة، والا وقع عن الوكيل.

وللوكيل الرد بالعيب مع حضور الموكّل وغيبته.

الصحيح في الواقع.

وانه ان كان شراء المعيب بثمن المثل ان كان بثمن مثل المعيب(١) فلا أرش حينئذٍ، اذ يقول البايع انما بعته بهذا العيب وظننت علم المشتري بذلك أو انه كان واضحاً يعلمه كل احد أو غير ذلك فالزامه بالأرش حينئذٍ مشكل وهذا لاخصوصيّة له بالوكيل فتأمّل.

هذا فيما اذا لم يعيّن الموكل شراء المعيب.

وأما معه فلا شك في صحته ويكون حكمه حكم شرائه بنفسه وهو ظاهر وصرّح به في التذكرة.

قوله: «ثم ان ذكر الموكل الخ» اي بعد ان قلنا: انه لم يقع للموكل مع الغبن الآ بالاجازة، فان ذكر الوكيل الموكّل في العقد لم يقع عن احدهما، أمّا عن الوكيل، فلذكر غيره، وأمّا عن الموكل، فلعدم الوكالة (به خ).

وان لم يذكر يقع عن الوكيل بحسب ظاهر الشرع حيث اشترى شيئاً وما ذكر عن أحد فيقع له.

واما بينه وبين الله وفي نفس الأمرفان كان قصده لنفسه فهو له، وان كان للموكّل لم يقع له أيضاً، فينبغي حينئذٍ المصالحة، أو يقول للبايع: قل بعتك بكذا، فان لم يقبل فبالشرط بان يقول: ان كان لي فقد بعتك، فان لم يقبل، فان امكنه الرد بوجهٍ، مثل ثبوت خيارٍ له بالغبن فيفعل ذلك بل ينبغي فعل ذلك اولاً.

قوله: «وللوكيل الرد الخ» ثبوت الرد للوكيل ـ اذا اشترى معيباً جاهلاً

---

(١) الظاهر كونه عطفاً على قوله: (عدم الرضا) يعني يدعي الموكل صرف الوكالة الى الصحيح في الواقع.

ولو رضي الموكّل بطل ردّه.

واذا (لوخ)قال له: افعل ماشئت أو وكله في مقدار يعجزعنه اقتضى الاذن في التوكيل للامين.

بعد الحكم بصحّة العقد- مانعرف له وجهاً، ومعلوم عدم استلزام وكالة الشراء له كما في تسليم المبيع والثمن وقبض المبيع.

ثم على تقدير جواز ردّه لاوجه للبطلان برضى الموكّل، نعم للموكل الرد والامساك بالأرش مع صحّة العقد كما اذا باشر بنفسه، وهو ظاهر.

قال في التذكرة: وحيث قلنا: تقع عن الموكّل و كان الوكيل جاهلاً بالعيب، فللموكّل الرد اذا اطّلع عليه، لأنه المالك، وهل يملك الوكيل الرد بالعيب؟ اما عندنا فلا لانه وكّله في الشراء وهو مغاير للرد فلا يملكه وهو قول بعض الشافعيّة وقال اكثرهم: انه يملك الرد الخ(١).

ويمكن ان يكون مراده ثبوت الرد مع اذن الموكل وبقوله: (ولو رضي الموكّل بطل ردّه) سقوط جواز ردّه للوكيل قبل ان يختاره برضا الموكل بعد العلم بالعيب.

قال في التذكرة: لو كان الوكيل في الشراء وكيلاً في رد المعيب فاشترى معيباً جاهلاً بعيبه كان له الرد، وللموكّل أيضاً الرد، لان الملك له وان حضر الموكّل قبل ردّ الوكيل ورضي بالمعيب لم يكن للوكيل ردّه، لان الحق له بخلاف عامل المضاربة الخ.

قوله: «واذا (لوخ) قال له: افعل الخ» يعني لو وكّل شخصاً عموماً أو خصوصاً، وقال له: افعل ماشئت فيما وكّلتك فيه او وكّله في مقدار يعجز عنه الوكيل بنفسه وحده، عرفاً (عقلاً خ) او عادة، اقتضى ذلك، الاذن في أن يوكّل الوكيل في ذلك وكيلاً أميناً كما اذا صرّح بالتوكيل قيل (أي عدلاً)(٢).

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني قيل ان المراد من الوكيل الامين هو العدل.

ولو قال له: بع من زيد، او في زمان، او في سوقٍ له فيه غرض.

ولايبعد أن يكون المراد من أؤتمن فيما وكّل فيه بعدم الخيانة والحفظ، بل يمكن تجويز من هومثل الوكيل وان كان فاسقاً، لرضاه به وتفويضه اليه، بل الاعم لعموم التجويز من غير تخصيص خصوصاً من لايعرف أنّ شرط وكيل الوكيل ان يكون أميناً الّا من لايكون في توكيله مصلحة، خرج بالإجماع عدم جواز توكيله فيبق الباقي تحته خصوصاً اذا لم يسلّم اليه شيء أو يكون معه.

وقد مرّ البحث في ذلك، وانه يجوز التوكيل فيما يقتضي العادة ذلك وفي ان الوكيل وكيل للموكّل أو الوكيل، فتذكر.

ودليل اقتضاء ذلك، التوكيل، هو شمول اللفظ عرفاً ولغة له فان التوكيل من جملة ماشاء، نعم لوقال: (بما شئت) أو (على من شئت) لم يشمل التوكيل، بل يعم المقدار، والنقد والمشترى.

قوله: «ولوقال له: بع من زيد الخ» اشارة الى انه يجب تتبع عبارة الموكّل على مايدل عليه، عرفاً، فان كانت عامّة عمل بعمومها، وان كانت مقيّدة بقيد، لايتعدى ذلك وهو ظاهر، مثل ان عيّن المشترى أو زماناً معيّناً أو سوقاً كذلك الّا ان يعلم ان ليس له غرض يتعلّق بتعيين هذا السوق مثلاً أو علم، لكن حصل ذلك الغرض بل الاعلى في غيره، فيجوز التعدي الى غيره والّا اقتصر على لفظه وان لم يعلم ان له غرضاً صحيحاً أم لا.

وعلى هذا ينبغي ان يحمل كلامهم، مثل قوله في المتن: (له فيه غرض) فالظاهر انه ليس بمخصوص بالسوق، بل جميع القيود كذلك الا ان يقال: ان السوق يجوز التعدي عنه الّا اذا علم ان له فيه غرضاً صحيحاً، بخلاف سائر القيود، كما هوظاهر اكثر العبارات، ولكن يرد عليه المطالبة بالفرق.

ويؤيّد ماقلناه، ماقاله في التذكرة ـ بعد ان قيّد السوق بان كان له فيه غرض صحيح مثل كون الراغبين فيه اكثر وعدم التقييد في غيره مثل الزمان

او صرّح فيه بالنهي عن غيره أو بحال لم يجز العدول.

والمشتري -: وان لم يكن له فيه غرض فالاقرب جواز بيعه في غيره (اي غير ماعيّن من السوق) لان التعيين في مثل ذلك يقع اتفاقاً من غير باعث اليه وهو(١) احد وجهي الشافعي، والثاني لايجوز التعدي، لجواز ان يكون له غرض صحيح لايطلع عليه أحد وهو غير محلّ النزاع، لانا نفرض الكلام فيما اذا (لو-التذكرة) انتفى الغرض بالكلّية اما لو جوّزنا حصول غرض صحيح، فانه لايجوز التعدي، ولو نهاه صريحاً عن البيع في غير السوق الذي عيّنه له، لم يجز له التعدي الى المنهي عنه إجماعاً آه.

هذا مؤيّد لما مرّ، ولكن كلامهم وكلام التذكرة أوّلاً في جواز التعدي عن السوق، ليس بجيّد، وكذا عدمه في غيره، فتأمل.

فالظاهر عدم الخروج عن مقتضى لفظه الّا بالعلم برضاه، مع عدم ارادة القيد مطلقا، وقد يقوم الظن القوي - المتاخم للعلم المأخوذ للعلم من المعاشرة ومن ظاهر حاله ومن القرائن - مقام العلم المأخوذ من كلامه.

قال في التذكرة: فان القرينة قد تقوى، فيترك لها اطلاق اللفظ فانه اذا أمر بشراء الجمَد لايشترى في الشتاء الخ والأولى عدم التجاوز.

وقوله: (أو صرّح فيه بالنهي عن غيره) كأنه عطف على (له فيه غرض) فهو صفة أيضاً لـ(سوق) وضمير (فيه) راجع اليه، وفيه تكلّف.

والمقصود التصريح في الكلام، ويمكن جعلها قيداً للكلّ كما اشرنا اليه فتأمّل.

وقوله: (أو بحال) عطف على (من زيد) وقوله: (لم يجز الخ) أي لم يجز العدول والتعدي من شيء من الأمور التي عيّنها الى غيرها، وجهه ظاهر وتقدم.

---

(١) وانما الغرض والمقصود تحصيل الثمن فاذا حصل في غيره جاز وهو احد الخ (التذكرة).

ولو باع بازيد أو باع حالاً بمثل ما اذن له في النسية او اشترى نسيئة بمثل ما اذن نقداً، صحّ الّا ان يصرّح بالمنع.

قوله: «ولو باع بازيد الخ» كأن وجه الجواز ـ في البيع بأزيد ممّا عيّن نقداً، وكذا نقداً بمثل مالو قال بعه نسيئة، وكذلك الشراء نسيئة بمثل ما اذن له بالشراء نقداً مطلقاً أو مع القيد بذلك ـ هو العرف القاضي بالرضا بامثال ذلك، وان هذه التعيينات لوجود مصلحة وقد وجدت اولى منها في عدم القيد كما مرّ في جواز العدول من الحج المعيّن الى غيره الا ان يصرّح بالمنع فلا يجوز بوجهٍ، لعدم الاذن، بل المنع.

قال في التذكرة: لو أمره بالبيع بمائة ونهاه عن البيع بالازيد لم يكن له البيع بالازيد مطلقا قطعاً، لاحتمال تعلّق غرضه بذلك فلا يجوز التخطي(١).

وقال فيها: اذا قال: نعم بعه في بلد كذا احتمل ان يكون كقوله: بعه في السوق الفلاني حتى لو باع في بلد آخر جاء التفصيل ان كان له غرض صحيح في التخصيص، لم يجز التعدي والاجاز.

لكن يضمن الوكيل هنا بالنقل الى غير المعيّن، وكذا الثمن يكون مضموناً في يده، بل لو اطلق التوكيل في بلد يبيعه في ذلك البلد، فلو نقله صار ضامناً.

وفي التفصيل المذكور مناقشة كما تقدم في السوق، ويفهم منه عدم الضمان في المخالفة في السوق بخلاف البلد، وهو محلّ التأمل، ويفهم منه انه مع جواز النقل والبيع في غير ماعيّن المالك يتحقق الضمان.

وفيه تأمّل، اذ الجواز مبني على الاذن المفهوم من كلام الموكّل فينبغي عدم الضمان وان لم يفهم ينبغي عدم الجواز حيث انه تصرف في مال الغير من غير الاذن.

وبالجملة ان لم يخرج عما فهم من كلامه صريحاً أو بمفهوم معمول فلا

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

ولو قال: اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين به ثم باع احدهما بالدينار صحّ، ولكن يفتقر في البيع الى اجازته.

ضمان حينئذٍ والاّ فلا يجوز ويضمن ويشكل صحّة البيع فتأمّل.

قوله: «ولو قال: اشتر شاة بدينار الخ» الظاهر ان المراد: اشتري شاتين بدينار مع قول الموكّل: اشتر شاة بدينار اذا كان واحدة تسوىٰ ديناراً، اذ قد يكون الغرض متعلّقاً بان الشاة ممّا تسوىٰ ديناراً، ولايضرّه الضميمة، بل مأذوناً فيها عرفاً وعادة كما اذا وكّله في بيع شيء بدينار يجوز بيعه بدينارين.

قال في التذكرة: ولو باعه (أي (لوخ) باع ماوكّل في بيعه بمائة) بأكثر من مائةدرهم، فان كانت الكثرة من غير الجنس مثل أن يبيعه بمائة وثوب، جاز عند علمائنا، سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة وسواء كانت الزيادة من الأثمان اولا (الى قوله): ولو باعه بمائة دينار ولم يجز(١) (الى قوله): ويحتمل عندي قوياً جواز بيعه بأكثر من المائة ولو من غير الجنس الاّ ان يكون له غرض صحيح في التخصيص بالدراهم خصوصاً اذا جعل مكان الدراهم دنانير او مكان بعضها لأنه مأذون فيه عرفا، فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى ماذا باعه بمائةدرهم ودينار، بخلاف مالو باعه بمائة ثوب لانه من غير الجنس، ويحتمل عندي مع الزيادة الجواز الخ(٢).

وهذا الاحتمال لايخلو عن بعد، ولو صحّ، فلا يحتاج تقييده الشاة بما تسوى درهماً، بل يكفي ان يسوىٰ المجموع بأكثر منه.

ولعل دليل الجواز هو الذي اشار اليه في التذكرة على ماعرفت، ولهذا ماقيّد(٣) هنا جواز الشراء الى الاجازة وقيّد البيع بها، فانه فضولي.

---

(١) في التذكرة هكذا: ولو باعه بمائةدينارأوبمائةثوب أوبمائة دينار وعشرين أو بمهما كان غير ماعيّن له لم يجز (الى أن قال) ويحتمل الخ.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) يعني المصنف هنا.

وليس لوكيل الخصومة، الاقرار ولاالصلح ولا الابراء.

ويمكن عدمه أيضاً، لما مرّ اليه الاشارة، اذ قد علم انه قد يكون ان غرضه حصول شاة تسوى درهماً وحينئذٍ تحصل الزيادة وتحصل الشاة المأمور المأذونْ بشرائها، فلا يحتاج الى الإجازة حملاً على الظاهر والعرف.

نعم لو ظهر خلاف ماهو المتعارف من عدم الرضا فيحتاج الى الاجازة فليس في رواية البارقي(١) -التي جعلت دليل هذا الحكم وجعلت دليلاً على جواز الفضولي في البيع بل الشراء أيضاً- دلالة على ذلك.

مع عدم ظهور سندها وكونها عاميّة، واحتمال كونه وكيلاً مطلقاً له صلّى الله عليه وآله او صريحاً في مثل ذلك، ولهذا سلّم الشاة الى المشتري، ويمكن ان يتصرف فيها ببيع أو أكل أو غيرهما ولو كان فضولياً لم يجز ذلك وما كان صلّى الله عليه وآله يقرّه على ذلك.

وقال في التذكرة: لانه اذا جاء بالمقصود، فلا فرق في الزيادة بين كونها شاةً أو درهماً(٢)، وقال أيضاً يجوز ان يكون عروة البارقي وكيلاً عاماً الخ (٣).

هذا مع المنع مطلقا عقلاً ونقلاً، كتاباً وسنّة وإجماعاً، على عدم جواز التصرف في مال الغير وبيع مالم يملك الا برضا المالك فتأمّل.

قوله: «وليس لوكيل الخصومة الخ» قال في التذكرة(٤): ولانعلم فيه خلافاً.

---

(١) عوالي اللئالي ج٣ ص٢٠٥ ولاحظ ماعلّق عليه أيضاً.

(٢) في التذكرة هكذا: لانه اذا جاء بالشاة فقد حصل مقصود الموكّل فلا فرق فيما زاد بين ان يكون ذهباً أو غيره.

(٣) في التذكرة هكذا: وأيضاً جاز ان يكون عروة وكيلاً عاماً في البيع والشراء.

(٤) عبارة التذكرة هكذا: الوكيل بالخصومة لايملك الصلح ولاالابراء منه ولانعلم فيه خلافاً، لان الاذن في الخصومة لايقتضي شيئاً من ذلك (انتهى).

ولو قال: صالح عن الدم الذي استحقّه، بخمر ففعل حصل العفو بخلاف مالو صالح على خنزير.

وذلك(١)، لان الوكالة مااقتضت شيئاً من ذلك وهو ظاهر، وعلم ممّا تقدم أيضاً مراراً مع الاشكال في جواز التوكيل في الاقرار عنده (وخ)لووكّل في ذلك صريحاً.

وقال في هذا المقام في التذكرة: لااستبعاد فيه ويلزم الموكّل ماأقربه، فان كان معلوماً لزمه ذلك وان كان مجهولاً رجع في تفسيره الى الموكّل دون الوكيل.

وهو مؤيّد لما قلناه هناك فتذكر.

وقال هنا ايضاً(٢): وكيل المدّعي ملك الدعوى واقامة البيّنة وتعديلها والتحليف وطلب الحكم على الغريم والقضاء عليه وبالجملة كلّما وقع وسيلة الى الاثبات(٣)، ووكيل المدعى عليه يملك الإنكار والطعن في الشهود، واقامة بيّنة الجرح ومطالبة الحاكم بسماعها والحكم بها وبالجملة عليه السعي في الدفع مهما امكن.

قوله: «ولو قال: صالح عن الدم الخ» قال في التذكرة: لو وكّله في الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل بنفسه، لان الصلح على الخمر وان كان فاسداً فيما يتعلّق بالعوض ولكنه صحيح فيما يتعلّق بالقصاص فيصحّ التوكيل فيما لو فعله الموكّل بنفسه لصحّ، لانا نصحّح التوكيل في العقد الفاسد، ولو وكلّه في الصلح عن القصاص على الخمر فصالح على خنزير فهو لغو

---

(١) من كلام الشارح قدس سرّه.

(٢) في التذكرة هكذا: الوكيل بالخصومة اما ان يتوكل عن المدّعي أو عن المدّعى عليه فان كان وكيلاً عن المدّعي ملك الدعوى الخ.

(٣) في التذكرة: واما الوكيل عن المدعى عليه فيملك الانكار.

....

ويبقى القصاص مستحقاً على ماكان عليه قبل الصلح لانه مستبدّ بما فعل، غير موافق لأمر الموكّل الخ(١).

فراد المصنف بقوله: (بخلاف مالو صالح) أي فيما اذا قال له: صالح عن الدم بخمر فصالح بالخنزير، فانه لايصحّ، ويبقى القصاص أما لو قيل: صالح عنه على خنزير وفعل فهو صحيح مثل مافعل بالخمر، وهو ظاهر.

لكن الحكم ودليله غير واضح، اذ ثبوت القصاص معلوم وما وقع العفو عنه الّا على وجه يثمر تملّك الخمر أو الخنزير وما حصل ذلك، لعدم قابليّته لذلك، فما (فيما خ) يحصل الغرض من العفو، وليس هنا شيء يقال: انه صحيح في ذلك بالنسبة اليه، وانما بطل بالنسبة الى لزوم العوض كما مرّمع وجود الأصل هنا.

ولايكفي مجرد ان مبنى العفو على المسامحة والتغليب، لأنّه يحتاج الى دليل.

وقوله(٢) أيضاً: (كما فعليه الموكل بنفسه) غير واضح، اذ هو يحتاج الى الدليل، وكذا قوله: (ولكنه صحيح فيما يتعلّق بالقصاص) وكذا قوله: (لأنا نصحّح التوكيل في العقد الفاسد) وكيف ذلك مع انه لايصحّ التوكيل في البيع الفاسد وقد صرّحوا بذلك وسيجيء في الكتاب (بعده خ) بلا فصل، وأنه لايصحّ للموكّل فكيف له(٣)؟ بمعنى أنه لو أوقع، لايترتب عليه أثره المطلوب، فتأمّل.

ويمكن ان يقال هنا: لاشكّ انه عفى عن الدم بان يكون له الخمر فسقط الدم برضاه بان يأخذ عوضه الخمر، فلمّا لم يكن جائزاً له أخذه والاعطاء له شرعاً، فوّت على نفسه العوض وصار كالمتبرع بالعفو.

هذا اذا كان عالماً لابأس به فانه بمنزلة أن قال: عفوت.

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني العلامة ره في التذكرة في العبارة المتقدمة.

(٣) يعني للوكيل.

ولو وكله في شيء، لم ينطلق في غيره، فلو وكّله في شراء فاسد لم يملك الصحيح.

ولو وكّله في الشراء بالعين فاشترى في الذمة، أو بالعكس لم يقع عن الموكّل»

وأمّا اذا كان جاهلاً ففيه تأمّل ولايبعد العفو وحصول ثمنه عند مستحليه كما في غير هذه الصورة.

وبالجملة اذا كان الحكم المذكور، له دليل من إجماع ونحوه ـ وما عرفت غير ماذكرت ـ فهو المتبع والّا فينبغي الرجوع الى القوانين والأدلة، فتأمل.

قوله: «ولو وكّله في شيء لم ينطلق الخ» هذا في بيان عدم التجاوز عمّا عيّنه الموكّل اي لو وكّله في شيء، لم يتجاوز منه الى غيره، ولو وكله في بيع فاسد.

قال في التذكرة: اذا وكّله في شراء فاسد أو عقد باطل مثل ان يقول: اشترِ لي شيئاً الى مقدم الحاج او مجيء الغلّة، أو بع كذلك لم يملك هذا القدر، لان الله تعالى لم يأذن له في الفاسد، ولان الموكّل لم يملك، فالوكيل أولى ولايملك الصحيح عندنا.

كأنّ الحكم إجماعيّ عندنا.

وجهه أيضاً ظاهر، لان الصحيح غير موكّل فيه، والفاسد لايصحّ بالاتفاق لحكم الشارع وهو ظاهر ومؤيد لما تقدم من التأمل في قوله: (لانا نصحّح التوكيل الفاسد) فتذكر.

قوله: «ولو وكّله في الشراء بالعين الخ» هذا أيضاً من فروع القاعدة(١)، وهو ظاهر مع تعلّق الأغراض الصحيحة بذلك نعم ان ظهر عدم الغرض في البيع نقداً بالعين يمكن جوازه في الذمّة وبالعكس، والاقتصار أولى كمامرّ.

---

(١) وهي عدم جواز التعدي للوكيل عمّا عين له مع احتمال تعلّق الغرض.

فان اشترى في الذمة ولم يصرّح بالاضافة وقع عنه.
والوكيل امين وان كان بجعل ويقع الشراء للموكّل لاله.

قوله: «فان اشترى في الذمة» في صور، وكّله في الشراء بالعين (فاشترى هو في الذمة) فان اضاف الى الموكل، لايصحّ، لعدم الوكالة فرضاً، وان لم يضف، فان اضاف الى نفسه فهو له مع شرائط البيع، وان لم يضف الى أحد فهو له بحسب الظاهر ونفس الأمر ان قصد نفسه، والا، فان نوى الموكل فهو له بحسب الظاهر ولم يقع له ولاللموكّل بحسب نفس الأمر فالمبيع للبايع، فينبغي استعمال مايخرجه من المحذور مهما أمكن وان لم يمكن أخذه اقتصاصاً لثمنه وقد اشير اليه وسيجيء أيضاً.

قوله: «والوكيل امين الخ» قال في شرح القواعد: يلوح من كلامهم انه لاخلاف في ذلك بين علماء الاسلام.

وقال في شرح الشرايع: في شرح قوله: (ولو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لأنه امين وقد يتعذر اقامة البيّنة بالتلف غالباً الخ): وجه القبول ـ مع مخالفته الاصول ـ بعد الاجماع ماذكره المصنف، ولافرق بين ان يدعي تلفه بسبب ظاهر كالحرق والغرق، وخفي كالسرقة عندنا، وفي حكمه الأب والجد والحاكم وأمينه والوصي الخ(١).

والحكم لايخلو عن إجمال واشكال، فانه ليس بمعلوم أن المراد بكونه أميناً قبول قوله مع يمينه وعدم ضمانه في كلّ مايدّعيه من تلف المبيع والثمن بعد قبضه على وجه شرعيّ، ومن ردّه الى الموكّل وتسليمه إيّاه، ومن انه فعل ماوكّل فيه (به خ) وغير ذلك.

وهل هو مخصوص بما ليس بجعلٍ أو أعم أو انه مخصوص ببقاء الوكالة أو أعمّ أو مخصوص بالبعض؟ وأنّ الإجماع المدّعى، في الكلّ أو البعض، مع انه

---

(١) الى هنا عبارة المسالك.

....

خلاف الأصل، ولكنه يحتمل، لانه لوضمن لزم سدّ باب الوكالة(١)، اذ قد يتخيّل تعذّر الشهود المقبولة فلا يقبل، وكذا في غيره من الأُمناء كما اشار اليه في شرح الشرايع، وهويؤيد الأوّل.

ويؤيده أيضاً أنه منكر على بعض تعريفات المدعي والمنكر(٢)، ونقل الإجماع الّا ان الأصل وبعض التعريفات الأُخر مؤيد للعدم.

مع مافي الإجماع وعدم ثبوته أيضاً، فانه قال في التذكرة: اذا وكّله في بيع (ببيع خ) أو هبة أو صلح أو طلاق أو عتق أو ابراء أوغير ذلك ثم اختلف الوكيل والموكل، فادعى الوكيل انه تصرف كما أذن له فانكر الموكّل وقال: لم تتصرف البتة بعد، فان جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله الّا ببيّنة، لان الأصل، العدم وبقاء الحال كما كان الخ(٣).

فتأمل في هذا الحكم خصوصاً مع الفرق، فانه يسهل حينئذٍ إلزامه بالبيّنة بالعزل ثم ذكر الخلاف في مسألة اخرى في دعوى الرد بين المسلمين، بل بين أصحابنا.

وقال:(٤) فان كان وكيلا بغير جعل احتمل تقديم قول الوكيل،لأنه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله مع اليمين كالودعيّ.

ويحتمل العدم، لاصالة عدم الرد، والحكم في الأصل ممنوع.

وإن كان وكيلاً بجعل، فالوجه انه لايقبل، قوله: لانه قبض المال لنفع

---

(١) في بعض النسخ هكذا: لأنه يتضمن.

(٢) معرفات المدّعي على المعروف ثلاثة: ١- اذا ترك الدعوى تركت الخصومة. ٢- اذا كان قوله مخالفاً للأصل. ٣- اذا كان قوله مخالفاً للظاهر، والمنكر خلافه في الثلاثة.

(٣) الى هنا عبارة التذكرة ج٢ ص١٣٧.

(٤) في التذكرة هكذا: مسألة اذا اختلفا فادعاه الوكيل وانكره الموكل فان كان الخ.

....

مالكه نفسه (الى قوله): وجملة الأُمناء على ضربين (احدهما) من قبض المال لنفع مالكه لاغير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا وغيرهم، لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول الأمانات فيلحق الناس الضرر. (والثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن، والوجه أنه لايقبل(١).

وهذا التفصيل لايخلو عن قوة، مع احتمال العمل بالأصل، ولكن يحصل الضرر كما اشار اليه، فمع تحققه ينبغي الخروج عنه.

وقال في مسألة: اذا ادعى الوكيل تلف المال الذي في يده للموكل أو تلف الثمن الذي قبضه عن متاعه في يده وانكر المالك قدّم قول الوكيل مع يمينه وعدم البيّنة، لانه امينه فكان كالمودع ولأنه قد يتعذّر اقامة البيّنة عليه فلايكلّف ذلك، ولافرق بين ان يدعي التلف بسبب ظاهر كالحرق والنهب أو بسبب خفيّ كالسرقة والتلف، وكذا كل من في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالأب والوصيّ والحاكم وأمينه والودعي والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك لانه لولاذلك لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة اليها، وقال بعض العامّة: اذا ادّعى التلف بامر ظاهر كالحرق والنهب، كان عليه اقامة البيّنة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون قوله في طرفها بذلك وبه قال الشافعي أيضاً لان وجود الأمر الظاهر ممّا لايخفى ولايتعذر اقامة البيّنة عليه(٢).

فما عرفت (عرفنا خ) دعوى الإجماع خصوصاً إجماع المسلمين الذي ادعاه المحقّق الثاني بقوله: ويلوح الخ(٣).

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة ج٢ ص١٣٧.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة اورده في البحث الثاني في المأذون ج٢ ص١٣٧.

(٣) الذي تقدم في اول هذا البحث.

وكل موضع يبطل الشراء للموكل، فان اضاف في العقد لم يقع عن احدهما والا قضى على الوكيل.

وكذا لو انكر الوكالة ولابيّنة، فان كان الوكيل كاذباً فالملك له

نعم قد يشمّ رائحة إجماع أصحابنا في ان القول قول الوكيل في دعوى التلف مطلقا، مع احتمال تخصيصه بما اذا لم يكن بجعل كما فصّله في التذكرة، وفيما سبق، ولكن كان صريحاً(١) في التلف، ولكن لايبعد فهم العموم وان كان أصل المسألة في الرد كما هو مقتضى دليل الطرفين.

ويمكن العمل بالأصل لعدم تحقق الإجماع الذي لاشيء فيه وامكان دفع المحذور بشرط قبول قوله مع دعوى التلف ونحوه ثم يكون ذلك لازماً، لعموم أدلّة العمل بالشرط أو بشرطه (شرطه خ) في أمر لازم أو بنذر وشبهه ولكنه بعيد وليس بمعلوم القائل فالمحذور يشكل دفعه.

والأصل معارض بأصل براءة الذمة، وعدم الغرم وعدم كذب المسلم وحمل افعاله على الصحّة مهما أمكن كما ورد في الروايات.

ويؤيده صدق بعض تعريفات المنكر وهو من اذا ترك لم يترك، فالقول بالسماع ـ كما هو المشهور ومختار الكتاب خصوصاً مع عدم الجهل وكون الوكيل أميناً ـ غير بعيد فتأمل فانها من المشكلات.

قوله: «وكل موضع يبطل الشراء للموكل الخ» قد مرّ وجه أنه اذا أضاف في عقد ما وكله فيه ـ مثل الشراء الى الموكّل واسنده اليه وقصده وبطل العقد لاخلال شرطه، وصحة عقد الوكالة ـ لم يقع لأحدهما.

وانه اذا لم يضف قضي بكونه للوكيل ظاهراً، بل مضى الحكم أيضاً.

الّا أنه اعاده لما بعده مثل أن انكر الموكّل الوكالة ولابيّنة للوكيل وحلف

---

(١) في بعض النسخ ولكن ماكان صريحاً في التلف.

ظاهراً وباطناً والا ظاهراً فيقول الموكّل: ان كان لي (مالي خ) فقد بعته منه، ولو امتنع الموكّل من البيع، استوفى الوكيل وما غرم ويردّ الفاضل او يرجع.

الموكّل، لان (١) القول قوله معه،فان كان اضاف اليه ونواه لم يقع لاحدهما والّا يقع للوكيل ظاهراً.

ثم ان كان الوكيل كاذباً في دعوى الوكالة والشراء له ونوى لنفسه يكون له ظاهراً وباطناً والّا فظاهراً فقط، فان نوى للموكّل مع الوكالة، ينبغي ان يكلّف الموكّل ان يقول: (ان كان لي فقد بعته منك بكذا وابرأت ذمتك من الثمن) أو يقول: (وهبتك اياه) ويغتفر التعليق -على تقدير عدم جواز مثل هذا التعليق الذي هو لازم في نفس الأمر- للضرورة.

فان لم يفعل، فيعطى الموكل الثمن من المبيع بان يبيعه ويمكّن أن يأخذه لنفسه عوضاً عما غرم عنه للبايع.

فان زاد ثمن مثله عن المسمّى، يرده الى المشتري ولو كان بوجه لايشعر انه من تلك الجهة.

وان نقص فالظاهر ان له المقاصّة.

فان لم يكن نوى لأحد أو كان البيع للموكل باطلاً على تقدير صحّة الوكالة يستعمل مع البايع ماعمل مع الموكل كما اشرنا اليه في صورة الغبن وشراء المعيب.

وكذا جميع الصور التي يكون البيع للموكل مع ثبوت الوكالة.

وقوله: (او يرجع) اشارة الى ماذكرناه من الرجوع الى المالك الموكل على تقدير نقصان المبيع عما غرم (غرمه خ) مع صحّة العقد من غريمين، فيكون التفاوت حاصلاً من تغيير السعر أو تغيير في المبيع بضعف وغيره.

---

(١) في بعض النسخ: كان القول بدل قوله: لان القول.

وليس له التصرف بغير ذلك من وطء وانتفاع.

ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع او اطلق، لم يكن لاحدهما الانفراد ولا القسمة.

قوله: «وليس له التصرف الخ» أي ليس للوكيل -على تقدير كونه للموكل مثلاً- التصرف في ذلك المبيع بغير وجه استيفاء ماغرم من بيع وما يتعلّق بحفظه، لا وطء لو كان قابلاً له والركوب وغير ذلك من الانتفاعات، لأنه ليس ملكه، بل ملك الغير.

وبعد ان تأملت ماذكرناه يظهر لك إجمال كلامهم في مثل هذا المقام خصوصاً المتن فان ماذكره من قوله: (فيقول)(١) فانه مخصوص بما إذا كان البطلان للموكّل بسبب انكار الوكالة لابحسب مخالفته لما وكّل فيه من الشراء نقلاً مع التوكيل نسيئة والغبن وغير ذلك فتأمّل.

قوله: «ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع الخ» لاشكّ في انه اذا وكّل وصرّح بالانفراد أنّ كلّ واحد منهما وكيل برأسه، وكذا في انه لو صرّح بالاجتماع، انهما معاً وكيل، وليس لاحدهما الانفراد فيما وكّل، ولا القسمة بينهما، فيتصرّف كلّ منهما على حدته في البعض، وهو ظاهر.

واما مع الاطلاق، فان وجدت قرينة دالّة على ان المراد الانفراد او الاجتماع فيتبع أيضاً مثل ان وكّل أوّلاً في أُمور وصرفه فيها ثم وكّل الآخر فيها وسلّمه اياه مع غيبة الآخر فانهما منفردان، وكذا لا كلام فيما اذا وجدت قرينة دالّة على ان المراد هو الاجتماع.

وان لم يوجد قرينة مفيدة، فظاهر الأصحاب انه لا كلام في كونهما وكيلين مجتمعين لامنفردين كما شرط الاجتماع.

---

(١) كما تقدم من الماتن ره في قوله: فيقول الموكّل ان كان لي فقد بعته الخ.

ولو مات احدهما بطلت وليس للحاكم ان يضمّ اليه، ولو شرط الانفراد جاز.

ودليله أصل عدم الوكالة وعدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه وقد تحقق فيهما ولم يتحقق في كلّ واحد، فيبقى على العدم، ولان قوله: (وكّلتكما) صريح في كونهما وكيلين فهما وكيلان بمنزلة مخاطب واحد، فان توجه الخطاب اليهما معاً بالوكالة مثل توجهه الى واحد فهما بمنزلة واحد وجعلهما اثنين منفردين، وتوجه الخطاب الى كل واحد واحد على حدة غير ظاهر ولامفهوم من العبارة فلا دالّ على الوكالة، وفي الوصيّة خبر(١) يدل على كونهما معاً وكيلين لا كل واحد مع الاطلاق، وسيجيء وقد مرّ.

ثم ان مات احدهما بطل وكالتهما كما اذا ماتا معاً أو كان وكيلاً واحداً فمات وليس للحاكم ضم واحد آخر اليه وانفاذ احكام الوكالة وان كان المالك غائباً الّا ان يحتاج اموره الى الوكيل وهو غائب، فلا يبعد الضم حينئذٍ حيث احتاج الى الوكيل وكان للباقي دخلاً، فجعل واحد آخر معه أولى من عزله بالكليّة ونصب غيره وكيلا (وكيله خ) كما سيجيءان للحاكم ان يضم الى الآخر ان مات أحد الوصيين، ومعنى اجتماعهما صدور الموكّل فيه ووجوده عن رأيهما معاً، فان كان عقداً ينبغي ان يأذن احدهما الآخر فيوقع الصيغة ويحتمل ثالثاً أيضاً، اذ الظاهر جواز الاذن هنا في مثله، ويحتمل صدوره عن كل واحد فيوقع أحدهما مع المشتري أو الزوج ثم الآخر هكذا قال في شرح الشرايع.

وفيه تأمل، اذ العقد الصحيح الغير المؤثر للمطلوب المترتب عليه بل يكون موقوفاً على عقد آخر غير معهود في الشرع.

وفي صدق تعريف العقد الصحيح عليه تامّل وتكلف فلا يبعد كون هذا

---

(١) راجع الوسائل باب ٥١ من كتاب الوصايا ج١٣ ص٤٣٩.

ولو قال: اقبض حق من فلان فمات بطلت بخلاف اقبض حق الذي عليه.

ولو وكل المديون في الشراء بالدين صحّ ويبرأ بالتسليم الى البايع.

قرينة أيضاً على جواز التوكيل، كما انه اذا وكّل احداً في أمر لايقدر عليه.

والظاهر عدم الشبهة في جواز توكيل أحدهما الآخر الّا مع عجزهما فيوكلان ثالثاً.

فامّا في الوصيين فالتوكيل اظهر، اذ تصرفهما بالولاية كالموصي مثل الأب والجدّ كما مرّ ان له التوكيل فتأمل.

قوله: «ولو قال: اقبض حقّي من فلان الخ» وجه بطلان الوكالة ـ على تقدير موت فلان الذي عليه الحقّ للموكّل ووكّل في اخذه عنه ـ ظاهر، لأنه يتعذّر الأخذ منه بعد موته فهو بمنزلة تلف ماوكّل فيه، فلا يكون له الأخذ من ورثته، لعدم شمول الوكالة لهم، فان الوكالة في أخذ الحقّ من فلان لايستلزم الوكالة في الأخذ عن وارثه بأحدى الدلالات، بل له الأخذ منه ومن وكيله، لان يده يده وصرّح به في القواعد، نعم قد يفهم بقرينة فتتبع كما مرّ.

بخلاف مالو وكّل في استيفاء حقّه على فلان، فانّه ان مات فلان لا تبطل الوكالة حينئذٍ فيجوز له الأخذ منه ومن وكيله وممّن يؤدّيه عنه من الورثة وغيره لشمول الوكالة لهم الّا ان يعلم المراد بقرينةٍ فلا يتعدى.

قوله: «ولو وكل المديون في الشراء الخ» أي لو وكّل الدائن مديونه، بأن يشتري له بشيء بدين له في ذمّته صحّ هذا التوكيل ويبرأ المديون عن الدين بتسليمه الى البايع.

ولعل المراد بالشراء بالدين شراءه في ذمة الموكّل، ثم اعطاء الدين الى البايع

ولا تثبت (الوكالة خ) الا بعدلين اتفقا، لابشاهدٍ وامرأتين، ولابشاهد ويمين.

ثمناً له، ولعله يحصل التعيين هنا للموكل بتعيين الوكيل، فكأنه وكيل في القبض له واعطائه أيضاً، ولايصير كون الواحد قابضاً ومقبضاً، فتأمّل.

ويفهم ذلك من التوكيل في الشراء به، فالظاهر انه لايحتاج الى تعيين ذلك أوّلاً وقصد القبض له وان كان اولى، لانه يحصل بمجردنيّة الاعطاء معه أو يتعيّن بأخذ البايع.

والظاهر انه لوعيّن الوكيل لم يتعيّن قبل (فعل خ) التسليم، فلوتلف حينئذٍ يكون من ماله لامال الموكّل فتأمل، واما دليل المسألة فواضح.

قوله: «ولا تثبت الوكالة الآ بعدلين الخ» قال في التذكرة: تثبت الوكالة باقرار الموكّل على نفسه أنه وكّله، وبشهادة عدلين ذكرين، ولا تثبت بشهادة رجل وامرأتين ولابشهادة رجل ويمين عند علمائنا اجمع(١).

فدليل ثبوتها بالعدلين، الإجماع، وما دلّ على قبولهما، وكذا على قبول الاقرار.

وعلى عدم ثبوتها بالمذكورين، الإجماع، والأصل مع عدم الدليل، اذ الدليل على الثبوت بهما انما هو في المال، والوكالة ولاية وان كانت مشتملة على المال أيضاً.

ولهذا لم يثبت بهما الوصيّة مع ثبوت الوصيّة بالمال بهما على ماذكره في شرح الشرايع.

وذكر أيضاً انه اذا كانت مشتملة على الجعل يمكن ثبوته بهما، دونها كما في السرقة فانه يثبت المال دون القطع.

وفيه تأمل، اذ المال ماثبت الآ بثبوت السرقة التي حكم الشارع بثبوتها،

---

(١) الى هنا عبارة التذكرة.

....

فكيف لايلزم القطع ويلزم المال الآ ان يخصص ثبوت الحدّ ويقال: ليس ثبوت الحدّ مع شرائط القطع المذكورة، من لوازم السرقة شرعاً، بل مع ثبوتها بغيرهما، وكذا الكلام هنا، فتأمل فيه.

ثم اعلم ان الظاهر من كلامهم انه لابدّ في الاثبات بالشاهدين من ضمّ حكم الحاكم الآ ما استثني ،مثل الهلال.

قال في التذكرة هنا: لو قال (أي من شهد عدلان على وكالته): ماعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته، لقدحه في شهادتهما على اشكال اقربه ذلك ان طعن في الشهود، والا فلا، لأن الاعتبار بالسماع عند الحاكم، وجهله(١) بالعدالة -مع علم الحاكم بها اما بنفسه أو بالتزكية- لايضر في ثبوت حقه(٢). ودليله غير واضح.

وكذا الحكم، والمستثنى(٣)، فانه غير مضبوط وقد اعترف به شرح الشرايع على مامرّ، وفي ذلك(٤) حرج، وسيجيء تمام البحث فيه ان شاء الله.

الا ان الامر في الوكالة اسهل، لان الظاهر انه اذا علم الوكيل وادعى ذلك وكان متصرفاً من غير منازع يجوز المعاملة معه والأخذ منه والتصرف فيه، وكذا في الولي والوصي، بحمل أعمال المسلمين على الصحّة، ولقبول قول امرأة طلقها زوجها: أنها تزوجت آخر وطلّقها المحلّل ودخل بها وخرجت عن العدّة عند الأكثر.

واشترط بعض كونها أمينة كما هو ظاهر الرواية الصحيحة(٥).

---

(١) يعني جهل الوكيل بعدالة الشاهدين. (٢) الى هنا عبارة التذكرة.

(٣) الظاهر انه يريد من الحكم ماذكره قده قبيل هذا بقوله: من ضم حكم الحاكم ومن المستثنى ماذكره بقوله: (الا ما استثنى) والله العالم.

(٤) ان المراد من قوله قده: وفي ذلك هو حكم الحاكم والله العالم.

(٥) راجع الوسائل باب ١١ من ابواب اقسام الطلاق ج١٥ ص٣٧٠.

ولأنه لو لم يكن كذلك للزم الحرج والضيق.

ولأنه على ذلك عمل المسلمين.

ولأنه يعلم كل أحد ان الغنم مثلاً ليس ملكاً للقصّاب ويبيع، وكذا امتعة البزاز وفواكه البقال واموال التجارة.

ولأنه مانقل عن أهل البيت عليهم السلام، ولاعن العلماء، التوقف في ذلك والاستفسار وكانوا يشترون الاشياء عن الوكلاء ويقبضون الهدايا والتحف وغيرها من الوكلاء وممن في يده، بل قالوا بجواز الأخذ من الصبيان والعبيد وكانوا يوكّلون الناس ويبعثون الى البلاد البعيدة وكان معلوماً عدم الشهود معهم، وبالجملة، الظاهر ان لاكلام فيه، الله يعلم.

وأيضاً، الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة أيضاً حيث قالوا: لايثبت إلّا بعدلين وان امكن ان يكون الحصر إضافياً بالنسبة الى رجل وامرأتين ورجل ويمين ونحوهما من شهادة النساء، ورجل واحد، ولهذا قالوا: هذا الكلامَ فيما صرّحوا بثبوته بالاستفاضة، مثل رؤية الهلال حيث ذكر ذلك في كتاب الصوم، ثم عدّ ممّا يثبت بالاستفاضة في محلّه وفعل ذلك في القواعد والدروس.

وأيضاً لايجد العقل فرقاً بين الأمور بحيث يثبت البعض بالاستفاضة دون الغير، فان كان عليه دليل، مثل كونه اقوى ظنّاً من الشاهدين فيثبت بالطريق الأولى، فلا ينبغي التخصيص، بل يجري في الكل كما يفهم من شرح الشرايع.

ولكن في كون ذلك دليلاً تأمل حيث يجب في الموافقة(١) العلم بالعلّة ووجودها فيه، وذلك غير واضح، اذ قد يكون الثبوت بالعدلين تعبداً محضاً.

ولهذا لو فرض حصول مثل ذلك الظن، بل الاقوى بسبب القرائن، مثل

---

(١) يعني مفهوم الموافقة.

ولابموافقة الغريم.

ولو اختلفا في تاريخ الايقاع او في اللغة او في العبارة، لم يقبل، ولو كان ذلك في الاقرار قبل.

كون المدّعي ورعاً جداً وفي الغاية، وكذا شاهده مع الوحدة وقلّة مايدعيه جداً بحيث يقرب الجزم بعدم الكذب، لم يعمل به على الظاهر.

وكذا الظاهر انه لايعمل بها في الحدّ والرجم وان كان الظن اقوى، بل القتل أيضاً فان الجرأة على امثالها من غير نص وإجماع، مشكل جداً فكيف مع ظهور المنع من الأكثر بحيث كاد ان يكون إجماعاً، فالتعميم مشكل.

وكذا التخصيص بالبعض دون البعض الّا ان يكون بدليل خاص من إجماع ونحوه.

نعم يمكن ذلك في مثل الوكالة بقرائن بحيث يعلم او يقرب من العلم بحيث مايبقى الّا الاحتمال الذي باقٍ في العلوم العادية، والاحتياط طريق السلامة لو امكن فلايترك وسيجيء ان شاء الله تمام البحث.

وقوله: (بعدلين اتفقا) كأنه يريد به الاتفاق في تاريخ الايقاع والعبارة الدالة على انشائها كما ستعلم، قال في التذكرة: من شرط قبول الشهادة اتفاق (الشاهدين-خ) العدلين على الفعل الواحد، فلو شهد احدهما انه وكّله يوم الجمعة وشهد الآخر انه وكّله يوم السبت لم يثبت البيّنة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم يكمل شهادتهما على فعل واحدٍ، فتأمّل.

قوله: «ولابموافقة الغريم» اي لاتثبت الوكالة باقرار من ادّعي عليه انه عنده مال لزيد مثلاً بالوكالة وتصديقه اياه بمعنى انه لايترتب عليه جميع احكام الوكالة، نعم له العمل بمقتضى اقراره، وقد مرّ البحث في انه يؤمر بالتسليم أم لا؟ والفرق بين العين والدين.

قوله: «ولو اختلفا في تاريخ الايقاع الخ» حاصل دليلهم على اشتراط

....

الاتفاق في التاريخ واللغة والعبارة ـ اذا كان انشاءً دون اقرار ـ انه لابدّ في ثبوت عقد الوكالة من النصاب الشرعي ولم يحصل مع الاختلاف فيها اذا كان المشهور انشاءً وصدور العقد، فالمانع هو وجود الاختلاف في الانشاء والأصل عدمه في الاقرار لأن وجود الاتحاد شرط، فيمكن الاخبار عنه مراراً متعددة مع اتحاده وقد اقر مختلفاً وانه يمكن حصوله في الاقرار فان له خارجاً، اذ قد يكون الواقع العقد من الموكل متحداً، فلا يلزم من تعدد الاقرار تعدد الانشاء الذي هو المانع من القبول، فيكفي احتمال الاتحاد لأن الأصل عدم المانع، وهو التعدد، ويمكن إجراؤه على القول بالشرطيّة أيضاً.

وفيه تأمّل، فان ظاهر قولهم: ان الاتفاق شرط(١) ومع ذلك اذا كان الاختلاف مانعاً ينبغي العلم بزواله، ومجرد(٢) ان الأصل عدم الاختلاف والتعدد المانع مع صدور الاقرار مخالفاً ممّا يشكل اعتباره في الشهادة.

وأيضاً اذا كان ذلك مانعاً فما يكون الشاهد مثلاً اذا سمع التوكيل، ان يقول: وكّله، بل ينبغي تفصيله، لاحتمال ان يكون الاختلاف موجوداً مع شاهد آخر خصوصاً اذا لم يكن وقت السماع معه أحد، مع انهم ماشترطوا (ماشرطوا خ) في الشاهد بالوكالة ولا في الحكم، الاستفسار والتفصيل، بل يحكمون بمجرد قولهما انه وكّله، أو وكيله.

ولأنه مانجد لهم دليلاً على عدم اعتبار اتحاد الشاهد المقبول على كل عقد من العقل والنقل، بل نجده مجرد الدعوى، فَلِمَ لايجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد اذا كان ممّا يقبل التعدد ولايضرّه، فانه من الجائز أن يقول عند شاهد عدل

---

(١) يعني ظاهر قولهم اشتراط الاتفاق لامانعية الاختلاف.

(٢) مبتدأ وخبره قوله قده ممّا يشكل.

يوم الجمعة بالعربيّة: وكّلتك، وفي يوم السبت، عند آخر: (وكيل كردم شما را) لغرض من الاغراض مثل الاشهاد كما في الاقرار، فان الشاهدين يشهدان باذنه له في التصرف، ولامنافاة، اذ يجوز صدوره منه مرّتين ومختلفين، وامثاله كثيرة.

وليس مثل الطلاق الذي يشترط فيه سماع الشاهدين معاً، صيغةً واحدةً، فان عليه دليلاً خاصاً.

وبالجملة، الظاهر من القوانين، القبول، وأنه لاإجماع على عدمه، وان كان المصنف هنا وغيره على العدم، وكذا المحقق الثاني، وانه المشهور كما قاله في شرح الشرايع.

وظاهر كلام المحقق في الشرايع ذلك قال: ولو(١) شهد احدهما بالوكالة في تاريخ منه والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما وكذا لو شهد أحدهما بانه وكّله بالعجميّة والآخر بالعربيّة الخ.

وان كان في تردده في ـمثل قول احدهما ان الموكل قال: وكلتك والآخر استنبتك ـ تأمل لانه ان كان مع اتحاد وقت الوكالة ينبغي البطلان وعدم الثبوت للتنافي، وان كان مع الاختلاف يصحّ مثل ماتقدم، وينبغي الاستفسارمع عدم التصريح، وكذا في صورة العربيّة والعجميّة مع امكان العمل، بهما مع عدم التهمة للحمل على الصحّة مع فرض العدالة والضبط كما في سائرها.

وبالجملة، الفرق بين استنبتك ووكّلتك، وبين العربيّة والعجميّة محل التأمّل.

وكذا الفرق بين الاقرار والانشاء باشتراط الاتحاد وعدمه، بما مرّ، لانه

(١) هذه عبارة الشرايع ولكن في الشرايع بعد قوله ره شهادتهما: نظراً الى العادة في الاشهاد، اذ جمع الشهود لذلك في موضع الواحد قد يعسر وكذا الخ (الشرايع الخامس فيما يثبت به الوكالة).

ويجب التسليم مع المطالبة والقدرة، فان أخر ضمن.

لاينفع ثبوت خارج للاقرار، والأصل عدم التعدد، اذ الشهادة والحكم انما وقع على الاقرار والفرض تعدد عقده، وعدم ثبوت المتعدد (التعدد ظ)، واشتراط عدم التعدد، واشتراط الوحدة، في المشهود به أو مانعيّة التعدد في الأُمور المذكورة.

وقال في شرح الشرايع: هذا(١) غاية مايمكن ان يقال في الفرق، اشارة(٢) الى ماقدمناه.

ويمكن ان يفرق بان التعدد في الانشاء يضرّ دون الاقرار، لان الشهادة على الانشاء في قوة قوله: (الى حين ايقاع الانشاء ليس بوكيل مطلقا) فهو مكذب لشاهد آخر فلا يمكن توكيل الموكل وبيع المبيع وغير ذلك بخلاف الاقرار، فانه لمّا كان خبراً عن أمر واقع، ومعلوم عدم جواز امتناع خبر بعد خبر، فلا يدل على عدم وجود اخبار أُخر.

فتأمل، فان فيه أيضاً تأملاً لانه قد يمنع عدم جواز التعدد، والتنافي(٣)، لما اشرنا اليه بانه قد يتعدد الانشاء لغرض من الاغراض، مثل الاشهاد ورفع شبهة وقعت في الأولى أو غير ذلك فتأمل.

قوله: «ويجب التسليم مع المطالبة الخ» الظاهر انه لاخلاف في وجوب تسليم مال الغير الى مالكه مع طلبه والقدرة على التسليم مطلقا وجوباً فورياً وكيلاً كان أو غريماً أو مستعيراً أو ودعياً.

وكذا في خروج الامين عن الأمانة فيصيرضا منا بالتأخير كالغاصب.

(١) عبارة شرح الشرايع (المسالك) هكذا: هذا غاية مايمكن توجيهه في الفرق الذي ادّعوه (انتهى).

(٢) يعني قوله ره: هذا الخ اشارة الى ماقدمناه من الفرق وقد بيّن الفرق في عبارته قبل هذا الكلام بما ذكرناه.

(٣) يعني ان الخلاف فيما اذا طالبه الغريم لم يدفع اليه وشرع في عبادة هل تصح هذه العبادة التي تنافي فورية الدفع أم لا؟.

....

وانما الخلاف في بطلان ماينافي الدفع، من العبادات، والقوانين الأُصوليّة تقتضي البطلان على تقدير بقاء وجوب الفوريّة في الدفع وعدم استثناء وقت العبادة وعدم كون العبادات مضيّقة وهو ظاهر، بل نجد الاتفاق في ذلك بعد التأمل حيث نجد ان القائل بالعدم يقول به.

وكذا الحكم في كل الفوريات كالزكاة والخمس والمال الموصى به للفقراء، بل مادفع للصرف الى مصرف الّا انه لايشترط هنا المطالبة اذا كان للصرف عامّاً، مثل الزكاة والخمس فانه لايتوقف على الطلب، اذ ليس له مطالب معيّن صرّح به في الدروس، وكذا اذا كان خاصّاً وما علم به، وكذا الواجب بالنذر وشبهه والكفارات.

ولكن في الفوريّة هنا(١) تأمل، والأصل ينفيها، وكذا عدم كون الأمر للفور وخرج منه ماعليه دليل وبقي الباقي.

نعم قالوا: يجوز لكل من عليه حق، ان يمتنع من التسليم الى ان يشهد وان كان من عليه الحقّ أمينا يقبل قوله باليمين، مثل الوكيل، حذراً عن اليمين، ومعلوم ان هذا انما يكون في الحقوق الخاصّة المتعلّقة بالاشخاص التي تحتاج الى اليمين، على الدفع أو الشهود ولايقبل قوله.

فلا يرد اعتراض شارح الشرايع على كلامه، كلّ(٢) من في يده مال لغيره أو في ذمته له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض آه بقوله: وقوله: كل من بيده اوفي ذمته يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكاة فانها(٣) حق في الذمة أو في يده على تقدير عزلها وليس له التأخير الى ان يشهد على عزلها(٤) (دفعها خ) وهو

(١) يعني في وجوب تسليم مال الغير فوراً اذا طالب الموكّل.

(٢) في الشرايع (الرابعة): كل من بيده مال لغيره او في ذمته له ان يمتنع الخ.

(٣) متعلق بقوله اعتراض.

(٤) الى هنا عبارة المسالك.

....

ظاهر.

ثم اعلم ان في فتح هذا(١) اشكالاً، اذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصاً في زماننا هذا وفي اكثر البلدان، فان أهلها يمتنعون (يمنعون خ) عن الصلاة جماعة، بل صارت معدومة بالكلية، لعدم العدل مع سهولة الأمر في ذلك، وان كانوا يرتكبون الطلاق مع صعوبة الأمر فيه بالنص والإجماع، وكذا في بعضها(٢) عن الطلاق أيضاً لذلك، حتى انه قال الشهيد الثاني، والسيد المعاصر(٣) تلميذه، انه لو قيل بعدم جواز التقصير للعاصي بسفره، لم يجز لاحد التقصير الآ نادراً لتركهم الواجبة(٤) العينية وعدم إمكان تحصيلها في السفر فهو معصية وان كان فيه بحوث قد مضت.

(منها) انه مبنيّ على كون الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده الخاص وهو لايقول به، فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسّر المستلزم لمنع صاحب المال، عن ماله الذي يدل العقل والنقل على قبحه خصوصاً اذا استلزم فوت المصالح مع أنّا مانعرف دليلاً واضحاً على جواز ذلك المنع الآ ماشين، وهو احتمال لزوم اليمين، وهو لايعارض العقل والنقل.

على انه قد لايلزم، بل قد يعلم من حال صاحب المال انتفاء ذلك وانه لامحذور فيه، وعلى تقديره ليس بأشدّ من منع المال عن مالكه، مع انه قد لايفيده في تكليفه أيضاً بذلك لعدم حضور المال في ذلك البلد، والشهود انما تنفع مع الحاكم

(١) يعني الحكم بوجوب تسليم الحق الى صاحبه بمجرد المطالبة موجب لفتح اشكال وهو انه قد يتعذر الخ وحاصله انه موجب لانعدام صلاة الجماعة رأساً وبطلان الطلاق احياناً وذلك لعدم تحقق العادل حينئذٍ.

(٢) في بعض البلدان.

(٣) لعل المراد السيد نورالدين والد صاحب المدارك او ابن الصائغ صاحب كتاب شرح الشرايع.

(٤) يعني الواجبات التكليفية العينية.

ولو وكله في القضاء ولم يشهد به، ضمن.

على ماقالوا، وقد لايكون هناك قد يسد ابواب المعاملة مثل الديون والعارية والاجارة وغيرها.

فالمنع عن مثله ـ لاحتمالٍ بعيد للاعتماد على امرغيرمتحقق، اذ قد لايكون الحاكم أو يموت الشهود أو يخرج عن شرط القبول ـ بعيد خصوصاً ممّن يقبل قوله، ولهذا خصّ البعض بما عليه البيّنة (اشار اليه في الشرايع)(١).

وبالجملة، الحكم الكلي مشكل جداً الّا ان يكون عليه نصّ أو إجماع، الله يعلم.

ولكن لاإجماع، حيث قال في التذكرة: فلوقال من في يده المال أو عليه: لاادفع المال اليه الا بالاشهاد، فالاقرب(٢) ان له ذلك ـ بعد ان قال: يجب الردّ كما في المتن ـ ويمكن تخصيص عباراتهم بما لايستضرّ صاحبه، فتأمّل.

وكذا قوله: (ولو وكّله في القضاء الخ) أي لو وكّله في قضاء دين عليه، فلابدّ من الاشهاد المقبول عند القضاء، لأنه المبرئ للذمة، ظاهراً وباطناً، والذي هو مطلوب، الموكّل، والموكّل فيه، فلو ترك لم يأت بالموكّل فيه، فيكون ضامناً وآثماً أيضاً على الظاهر حيث انه ما كان مأذوناً بالدفع.

وفيه أيضاً ماتقدم في الجملة وفي فتح باب مثل هذا سدّ لباب قبول الوكالة الّا مع الجهل فيمكن ان يعذر، ولهذا تردّد في الشرايع(٣).

والظاهر، العدم، لعدم اقتضاء الوكالة، الاشهادَ مع تركه، والأصل براءة الذمّة، ولو لم يشهدْ وانكر الغريم اداءه، يغرم هو للموكّل، ولايقبل قوله حيث فرّط

---

(١) في النسخة المطبوعة الحجرية: (في شرح الشرايع).

(٢) فان هذا التعبير دال على ان المسألة خلافيّة كما لايخفى.

(٣) قال: السادس في اللواحق (الى ان قال): الخامسة الوكيل في الايداع اذا لم يشهد على الودعي لم يضمن ولو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن وفيه تردد (انتهى).

بخلاف الايداع.

وللبايع مطالبة الوكيل مع جهل الوكالة.

الّا ان يكون الموكّل مقراً به، فتأمل.

وأيضاً قد يكون الموكّل حاضراً أو علم الاذن من القرائن فليس ببعيد، الجواز وعدم الضمان حينئذٍ، وكونه مستثنىً أيضاً من هذا الكلام.

ونحوه قوله: (بخلاف الايداع) اي بخلاف ان وكّل في الايداع، فانه لايلزمه الاشهاد ولو تركه لم يضمن.

لعلّ الفرق أنّ الودعي أمين وليس بضامن وقوله مقبول، فتأمل.

وقيل: ان الخفاء في الوديعة مطلوب بخلاف قضاء الدين.

وفيه تأمل، اذ قد يكون خفاء القضاء أيضاً مطلوباً كالوديعة.

ويمكن ان يقال: الأصل العدم حيث حكم بالوكالة من دون الشرط فيجوز من دون الاشهاد الّا فيما يثبت له دليل.

وما نعرف دليلاً في القضاء أيضاً، لعله لاإجماع حيث تردّد في الشرايع، والأصل يشمل الكل فيقتضي عدمه في شيء ممّا أمر به الّا اذا كان شرطاً فيه مثل الطلاق أو يكون عليه دليل.

والظاهر ان جميع الامانات، مثل التسليم الى المستعير والوكيل، مثل الايداع، فتأمل.

قوله: «وللبايع مطالبة الوكيل مع جهل الوكالة» لا الموكّل مع علمه أي للبايع مطالبة الوكيل دون الموكل بثمن مبيعه ان كان جاهلاً بوكالته في البيع.

وجهه ظاهر كوجه مطالبة الموكّل فقط به مع علمه بالوكالة لاالوكيل، فانه واسطة في ايقاع العقد حتى ان ليس له قبض المبيع ولا تسليم الثمن على مامرّ تفصيله الّا مع القرينة.

نعم لو علم تسليم الثمن له والاذن في التسليم مع تسلّمه المبيع، لايبعد

وتقبل شهادة الوكيل لموكّله فيما لاولاية له فيه. ولو عزل قبلت في الجميع مالم يكن اقام بها أو شرع في المنازعة.

مطالبته أيضاً، وله حينئذٍ مطالبة الموكّل أيضاً على سبيل التخيير والبدل فيمكن تخصيص العبارات وهو ظاهر.

وأيضاً، الظاهر ان المراد اذا كان في الذمة، واما اذا كان عيناً فلا يطلبه الا عمّن في يده، سواء كان الوكيل او الموكّل.

قال في شرح الشرايع: لايتم هذا على اطلاقه لان الثمن لو كان معيّناً لم يصحّ له مطالبة غير من هو في يده الخ.

فيه تأمّل اذ لايخفى ان هذا (ذلك خ) ان كان في يد الغاصب مثلاً مع جهله بكونه غاصباً يمتنع من الأداء، يمكن كون المالك مطالباً ومكلّفاً بالتسليم، فانه يحصل الضرر مع العدم، بل مع العلم أيضاً، اذ لابدّ للاقباض من المالك فتأمّل.

وقال أيضاً: ولايكفي في ثبوت الوكالة اعتراف الموكل بالوكالة لامكان تواطئهما على اسقاط حق البايع عن مطالبة الوكيل.

هذا غير بعيد خصوصاً اذا كان المقرّ قوياً، ولايمكن الأخذ منه والوكيل ضعيفاً الّا ان فيه تأمّلاً، اذ صاحب اليد مقرّ بانه لغيره، وكذا من اقرّله فينبغي القبول، الّا ان يقال: بعد العقد لايقبل قوله، وحينئذٍ، الظاهر ان له مطالبة كل واحد على سبيل البدل قاله الشارح ونقله عن التذكرة أيضاً.

قوله: «وتقبل شهادة الوكيل الخ» لانزاع في قبول شهادة الوكيل بين المسلمين على الظاهر، على الموكّل، لحصول الشرائط وعدم المانع، ولا في قبولها له فيما لاولاية له عليه مطلقا، واما فيما له ولاية ووكالة فيه فيقبل عند الاصحاب فيه أيضاً اذا كانت الشهادة بعد العزل مالم يكن أقام الشهادة حين الوكالة وردّت لتهمة الوكالة، أو لم يكن عزله الموكّل بعد شروعه في تلك المنازعة والمخاصمة فلا يقبل على

«مسائل النزاع»

لو انكر المالك الإذن في البيع بذلك الثمن وادعى الأزيد، فالقول قوله مع اليمين.

ثم تستعاد العين ان امكن، والا المثل او القيمة.

أحد هذين التقديرين.

اما وجه القبول مع عدمهما (مطلقا خ) فهو ماتقدم، وأما وجه العدم على احدهما فهو التهمة.

ووجه عدم القبول حين الوكالة فيما وكل فيه، التهمة وجرّ النفع.

وفيهما تأمل، اذ قد لايكون جرّ نفع، ولانسلّم كون مطلق الولاية والوكالة نفعاً، بل قد يكون مضراً، وكذا التهمة، وكون مثلهما مانعاً من قبول الشاهد المقبول يحتاج الى الدليل، بعد الدليل على قبول شهادة العدل المتصف بالشرائط، سوى هذا المنازع (المتنازع خ)، فتأمل.

«مسائل النزاع»

قوله: «لو انكر المالك الاذن في البيع الخ» اي لو انكر الموكل ـ بعد ثبوت كون البيع له ـ الاذن بالثمن الذي باعه ـ الوكيل وادّعى انه وكّله بأزيد ـ فالقول قوله مع يمينه، لانه منكر، والأصل يقتضي عدم خروج مال عن ملك صاحبه الآ برضاه وحينئذٍ له العين المبيعة فيستعيدها ان امكن والا يأخذ مثلها ان أمكن والا فقيمتها وقت الدفع ان كان مثلياً ووقت التلف ان كان قيمياً على الظاهر الا ان يكون عالما بعدم الوكالة بذلك الثمن، فيكون غاصباً، فيجيء فيه احتمال الأخذ باشق الأحوال، وهو محتمل مع الأول.

فان صدق المشتري الوكيل وتلفت السلعة في يده رجع المالك على من شاء.

فان رجع على المشتري لم يرجع المشتري على الوكيل.

قوله: «فان صدق المشتري الوكيل الخ» اي بعد ان لم يثبت البيع المذكور، بل بطل حيث علم الوكالة في الجملة وبطلانها، لان الوكيل فعل مالم يوكّل فيه على ماانكر الموكّل وما كانت بيّنة وحلف فان صدّق المشتري ـ الوكيل في البيع الذي فعله وتلف المبيع في يد المشتري ـ فالمالك مخيّر بين الرجوع اليه، والى الوكيل لان كلاً منهما تصرّف فيما ليس له التصرف فيدهما يد ضمان، فله ان يطالب من يريد وهو مقرّر عندهم، كأنه لاخلاف في هذا الأصل عندهم.

وكأن سنده: (على اليد ماأخذت حتى تؤدي)(١)ولاشكّ في مطالبة المشتري حيث هلك في يده فتأمّل.

فان رجع على المشتري بعوض المبيع وأخذه منه لم يرجع المشتري على الوكيل بشيء حيث ان مخسره(٢)ومأخذه من ماله فلا ينافيه أخذ ثمن المبيع الذي سلّمه ايّاه ان سلّم.

ولعل الفرض (الغرض خ) عدم تسليم الثمن اياه، اذ الوكيل لايملك أخذه كما مرّ وهو ظاهر.

ولكن ينبغي ان يعطي المشتري عين الثمن ان كان عيناً، والزائدعلى القيمةان كان الثمن زائداً،لان الفرض (الغرض خ) صحّة الشراء عنده وبزعمه، فينبغي ان يفعل مايبرئ ذمته، وله ان لايعطي المشتري مهما أمكن أو يأخذ من ماله

---

(١) عوالي اللئالي ج١ ص٢٤ و٣٨٩ وج٢ ص٣٤٥ وج٣ ص٢٤٦ و٢٥١ طبع قم مطبعة سيّدالشهداء.

(٢) هكذا في بعض النسخ ولعل المراد ان خسارة مال المالك وما هو المأخذ من مال الوكيل لاالموكل وفي بعض النسخ الاخر بدل قوله: حيث ان مخسره الخ (حتى يجرّه ويأخذه من ماله) وفي بعضها الآخر: حتى ينجزه ويأخذه من ماله ولكل وجه وان كان الاصوب ماأثبتناه.

وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه وما غرمه (من قيمته خ).

عوضه ان تمكن لو سلّم الثمن الى الوكيل باذن الموكّل.

وان رجع على الوكيل وأخذ العوض عنه فله ان يرجع على المشتري بأقل الامرين من الثمن الذي وقع العقد عليه وما غرمه(١).

لانه اما انْ كان ماغرمه اكثر بأن كانت القيمة حال الأخذ اكثر ممّا وقع عليه العقد، وان كان لايسوى حال العقد الّا ماباع به فلأنّ اعتقاده واقراره أن المأخوذ ظلم، فلا يستحق أخذه الّا من الظالم فله الأخذ منه بوجه ان أمكنه كما مرّ فلا يرجع على أحد.

واما اذا كان الثمن اكثر، فلانه لامعنى للرجوع باكثر ممّا غرمه، ولكن ينبغي ان يردّ المشتري أو الوكيل الزائد من الثمن الى الموكل لانه ماله بزعمهما، وهو أيضاً ظاهر.

هذا اذا كان التوكيل في الجملة ثابتاً.

واما اذا لم يكن ثابتاً فلابدّ للمالك من البيّنة على ان البيع له ولايكفي اقرار الوكيل البايع بعد البيع، فان ثبت فذلك والا فيرجع على الوكيل فقط بالقيمة السوقيّة والوكيل يأخذ الثمن الذي وقع عليه العقد ثم يدفع الزائد وله أخذ ماأعطاه زائداً على الثمن كما مرّ.

هذا كلّه واضح الّا انه قال المحقق الثاني في شرح القواعد في هذه المسألة: ما نفهم(٢)، الحكم(٣) في هذه كالحكم في المسألة السابقة بغير تفاوت

---

(١) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة ـ بعد قوله قده: (العقد عليه) ـ هكذا: وان كان لايسوى ماغرمه لانه الخ.

(٢) هكذا في النسخ ولعله سقط لفظة (لا) بعد لفظة (ما) يعني ذكر المحقق الثاني مالانفهمه.

(٣) الاولى نقل عبارة القواعد: قال: ولو ادّعى الاذن في البيع بألف فقال: انما اذنت بألفين حلف ←

....

وقول المصنف: (حلف الموكل ثم استعيد العين آه) انما يستقيم بعد ثبوت اصل التوكيل مع حلفه على نفي مايدعيه الوكيل وقوله: (فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل ان صدقه) ليس بجيّد، لانه مع تصديقه اياه لايستحق الوكيل الثمن المدفوع اليه والموكل لايدعيه وقد اغرم المشتري عوض العين فلا مصرف اولى به من هذا، نعم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه ان لايرجع بها وقوله: (وان رجع على الوكيل رجع عليه باقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه) لايخفى ان ذلك انما هو اذا لم يثبت اصل التوكيل ورجع الوكيل الى تصديق الموكل(١)

فليتأمل ذلك، لان قوله: (انما يستقيم الخ)حق الّا انه المفروض كما يظهر لمن تأمل المتنَ ولان قوله: (ليس بجيّد) ليس بجيّد، لما قلناه من معنى قوله: (لم يرجع على الوكيل وهو ظاهر).

ولان قوله: (لايخفى الخ) يخفى، اذ كون رجوع الوكيل على المشتري بالاقل -على تقدير رجوع الموكل عليه مبنيّاً على عدم ثبوت أصل التوكيل- غير ظاهر فان الحكم المذكور على المشتري باقل الأمرين المذكورين لما مرّ الّا انه لو كان الثمن زائداً ينبغي ان يعطى الى الموكل على ماقررناه، بل لانفهم رجوعه باقل الأمرين على المشتري على تقدير عدم ثبوته، اذ حينئذٍ يكون المال للوكيل على زعم المشتري فيرجع اليه بكل الثمن.

ولكن اذا كان زائداً على ماغرمه يعطي الزائد الى الموكّل كما مرّ.

وان كان ناقصاً لم يأخذه من المشتري وله أخذه من الموكل ان تمكّن بينه

الموكل ثم استعيد العين ومع التلف المثل او القيمة على من شاء ان رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل ان صدقه وان رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه باقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه (انتهى) وقال في شرح القواعد: الحكم في هذه المسألة الخ.

(١) من قوله قده: الحكم في هذه (الى قوله): (تصديق الموكل) كلام شارح القواعد.

ولو قال: ماأذنت الا في الشراء بعشرة وكان الشراء بأزيد، حلف ويغرم الوكيل الزائد ان انكر البايع الوكالة والا اندفع الشراء.

ولو انكر الغريم وكالة الغائب له فلا يمين ولو صدقه لم يؤمر بالتسليم اليه.

وبين الله على انه يصير المتن في غاية الركاكة ولعل في العبارة غلطاً.

قوله: «ولو قال: ماأذنت الّا في الشراء الخ» وجهه يعلم ممّا سبق، فانه يحلف الموكل على عدم التوكيل بالشراء بما اشترى الوكيل وانكر البايع الوكالة مطلقا ولم يتمكن الوكيل من اثبات الوكالة فيحكم بكون الشراء للوكيل ظاهر فيجب ان يعطي الثمن كله الى البايع ويأخذ المبيع ويغرم للموكل ماأعطاه اياه.

وان ثبتت الوكالة في الجملة أو على مايدعيه الوكيل باقرار البايع، يحكم ببطلان الشراء ظاهراً وكل منهم في هذه المسألة وغيرها، مكلّف بما بينه وبين الله فيعمل مايخلّصه عندالله بايصال حق ذي حقه اليه بأي وجه أمكنه... وهو ظاهر.

قوله: «ولو انكر الغريم الخ» اي لو ادعى شخص وكالة غائب، بل حاضر أيضاً، على أخذ ماله من غريمه وانكر الغريم وكالته، فلا يمين على الغريم، لان اليمين انما يتوجه على من لو صدق يلزم بمقتضى تصديقه، ولو صدق الغريم وكالته لم يؤمر بالتسليم كما يدل عليه قوله: (ولو صدقه لم يؤمر بالتسليم).

وقد مرّ تفصيل هذه المسألة، وانه فرّق في شرح القواعد وشرح الشرايع مأخوذاً من التذكرة والقواعد، بانه ان كان عيناً لم يؤمر بالتسليم، ولكن ان سلم لم يمنعه الحاكم وان كان ديناً، يؤمر به.

وحينئذٍ ينبغي توجه اليمين على عدم العلم بالوكالة ان انكره اذا كان ديناً.

وقد مرّ أيضاً التأمل في دليل عدم ايجاب التسليم في العين.

ولكن جواز التسليم له، بل وجوبه بينه وبين الله تعالى لابأس به بشرط

والقول قول منكر الوكالة.

وقول الوكيل في التلف وعدم التفريط.

والقيمة معه.

وايقاع الفعل.

علمه الشرعي بالوكالة لابمجرّد حسن الظن ونحوه، فتأمل.

ولعل فرض الغائب، لعدم الاحتياج في الحاضر الى البحث، فانه قد يسأل الا ان يتعذر وحينئذٍ يمكن ادخاله فيه.

قوله: «والقول قول منكر الوكالة» أي لو باع شخص او اشترى مثلاً فادعى شخص كونه وكيله في ذلك فانكر الاول فالقول قوله، لانه منكر وهو ظاهر، واما اذا قبله فلا يحتاج الى البحث.

وكذا القول قول الوكيل في تلف مافي يده على المشهور وقد ادّعى الإجماع على ذلك في شرح الشرايع وشرح القواعد وقد مرّ فتذكر وتأمل.

وكذا القول قوله في عدم التفريط في الحفظ ونحوه، وهو ظاهر للأصل وحمل المسلم على عدم ترك واجب وفعل حرام.

وكذا القول قوله في قيمة ماتلف مافي يده مع التفريط لانه الغارم والأصل براءة الذمّة هذا كله مع اليمين وعدم البيّنة، وهو أيضاً ظاهر.

وكذا قوله في ايقاع الفعل الموكّل فيه، لانه فعله وهو اعرف به، ولأنه منكر أيضاً على بعض التعريفات والوجوه و لحصول الضرر، ولأنه أمين.

ويحتمل العدم هنا، لان الأصل عدم الفعل وبقاء الملك لمالكه، ولأنه منكر ظاهراً.

وكأنه أظهر لما مرّ، والأمانة مطلقا ممنوعة، وكذا الضرر، ومعارض بضرره والا عرفيّة ليست بحجّة.

والابتياع له أو للموكّل.

وقول الموكّل في الردّ وان لم يكن بجعل على رأي.

ولكن يجب ان يعلم عدم الفعل حتى ينفيه ويدّعيه ويحلف على عدمه، ولايبنى، على ان الأصل، العدم والظن(١) ومعلوم عدم محاليّة العلم بان يكون في مدّة الوكالة معه، مع احتياج فعل الموكّل فيه الى المفارقة أو عمل الجوارح ونحو ذلك.

وكذا البحث في الابتياع له او للموكل فيما اذا ابتاع مع كونه وكيلاً في الابتياع.

ولكن الظاهر هنا أنّ القول قول الوكيل اذا قال: اشتريت لنفسي، للأصل ولانه فعله .

واما اذا قال: فعلت لك ففيه تأمل كما تقدم فتأمّل، وهنا فرض العلم يمكن بأن يكون حاضراً في الابتياع فذكر نفسه أو الموكل وسمع الموكل أو ثبت عنده بطريق شرعي باقراره عنده ونحوه.

واما اذا سلّم انه اطلق، فالظاهر ان القول قول الوكيل بغير نزاع، فانه ابصر بنيته ولايمكن دعوى أنه قصد غير ماادّعى فلا يقبل قول مدّعيه، ومعلوم أنّ المراد أنّ القول قوله في هذه المواضع كلها مع يمينه وعدم البيّنة.

قوله: «وقول الموكل في الرد الخ» وجهه ظاهر، لأنه منكر، ولأن الأصل عدم الرد وعلى اليد ماأخذت ولايلزم سدّ باب قبول الوكالة، اذ الاشهاد على الرد ممكن، مع انهم قالوا: له الامتناع حتى يشهد، بخلاف التلف، اذ قد يتلف في موضع لايمكن الاشهاد بغير اختياره وسرّاً، مثل السرقة، ولأنه قد ادّعي هنا الإجماع بخلافه هناك، فلا فرق بين كون الوكالة مجاناً أو بجعل كما اختاره المصنف، وقال في الشرح انه مذهب ابن ادريس والشرايع.

---

(١) يعني لايبنى على الظن.

وفي قدر الثمن المشترى به على رأي.
ولو انكر وكالة التزويج حلف والزم الوكيل بالمهر.

واختار في النافع، انه ان كان بجعل، فالقول قول الموكّل، والا فقول الوكيل فان التصرف كان لمصلحة المالك فيكون كالمودَع والحافظ الأمين.

على تقدير تسليم الحكم في الأصل -لإجماعٍ ونحوه- نمنع الفرع لأنه قياس مع عدم ظهور العلّة.

وكذا القول قوله في الثمن المشترى به، للأصل ولانه منكر، ولأنه غارم.

والفرق بين الشراء بالعين -فيكون القول قول الوكيل، وبين الشراء في الذمة فيكون القول قول الموكل كما نقله الشارح عن القواعد- غير ظاهر، والدليل يقتضي مافي الكتاب.

قوله: «ولو انكر وكالة التزويج الخ» يعني لو زوّج شخص امرأة الآخر -بادعاء وكالته فانكر الزوج الوكالة في التزويج ولابيّنة- فالظاهر ان لايثبت التزويج كالوكالة ويكون القول قول الزوج مع اليمين والزم الوكيل بتمام المهر، وقيل بنصفه، وقيل بالبطلان، ولاشيء على الوكيل، ولاعلى الموكل، ولكن بينه وبين الله ان كان كاذباً يجب عليه الطلاق ونصف المهر، وجهه ظاهر.

واما وجه تمام المهر على الوكيل -كما هو مذهب الشيخ ولمن تابعه فيه- فهو أنه عقد له عليها فلما انكر الزوج لزم الوكيل، لانه ضيّع حقّها وقصّر بترك الاشهاد ولاينتصف الا بالطلاق ولاطلاق حيث لاقائل بالتزويج ونقل عن الشيخ مع ذلك جواز التزويج.

وهو بعيد(١)، اذ ماثبت التزويج شرعاً، ولهذا جاز لها التزويج بغير الزوج، ومجرد ايقاع العقد مع حكمه بالفساد، لايوجب مهراً، وعلى تقدير ايجابه على الوكيل،

---

(١) يعني ثبوت اصل المهر بعيد.

وقيل بالنصف، وقيل بالبطلان ويجب على الموكل الطلاق مع كذبه ودفع نصف المهر وهو جيّد.

ولو قال: قبضت الثمن وتلف في يدي، وكان ذلك بعد التسليم قدم قوله، اذ الموكل يطلب جعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء.

بعيد فانه ليس بزوج ولاضامن للمهر خصوصاً اذا ذكر كونه وكيلاً.

واما دليل النصف كما هو مذهب الشيخ أيضاً ومن تابعه فهو الرواية(١)، وكأنها ـ لضعفها ومخالفتها للاصول كما اشير اليها وامكان تأويلها ـ ماقال بها المصنف ولعلّ البعض، مثل المحقق الثاني قال بلزوم تمام المهر مع ضمانه الّا مع الطلاق فالنصف لتأويل الرواية.

وفيه أيضاً تأمّل، لما عرفت مافي الرواية، وان الضمان على تقدير صحته انما يلزم مع تحقق الزوجيّة شرعاً وليس.

ولهذا يجوز لها التزويج فكيف تأخذ مهراً (آخرخ) والأصل براءة الذمة.

الّا ان في صحيحة أبي عبيدة ـ في زيادات نكاح التهذيب ـ: ان على الوكيل نصف المهر اذا انكر الموكل الوكالة ولم يكن له بيّنه، وكذا عليه نصف المهر أو كلّه اذا وكّله ان يزوجه امرأة من البصرة فزوجه امرأة من الكوفة وعلى التقديرين لاعدّة ولاميراث(٢).

وفيها تأمّل وان حملت على الضمان فتأمّل.

قوله: «ولو قال: قبضت الثمن الخ» اي لو ادّعى وكيل البيع أنه قبض الثمن وتلف في يده فانكر (وانكرخ) الموكل القبضَ وكانت الدعوى بعد تسليم المبيع وكونه في يد المشتري فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البيّنة، فانه أمين والأصل

---

(١) راجع الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب الوكالة ج١٣ ص٢٧٨ الحديث هنا منقول بالمعنى.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٦ من ابواب عقد النكاح ج١٤ ص٢٢٨.

ولوكان قبل التسليم قدم قول الموكل، لان الأصل بقاء حقه، وكل من عليه حق فله الامتناع من التسليم الى المستحق ووكيله الا بالاشهاد.

ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن فجحد فاقيم (فاقام خ) بيّنة القبض فادعى تلفاً او ردّاً قبل الجحود، لم يقبل قوله، لخيانته ولابيّنة لعدم سماع دعواه.

عدم الغرامة، ولأنه لو لم يقبل يلزم سدّ باب التوكيل، ولان دعوى الموكل يلزم منها خيانته مع كونه أميناً والأصل عدم الخيانة لأنه لما كان الدعوى بعد تسليم المبيع فيلزم ان يكون سلّم المبيع قبل تسليمه الثمن وهو خيانة، لما مرّ انه لايجوز تسليم المبيع الّا بعد قبض الثمن، فتأمل.

واما اذا كانت الدعوى قبل تسليم المبيع وكونه في يد الوكيل فالقول قول الموكّل، لان الأصل عدم الأخذ ولايلزم الخيانة ولايستلزم سدّ الباب وأصل عدم الغرامة يضمحلّ مع وجود الدليل عليه.

قوله: «ولو ادّعي على الوكيل قبض الثمن الخ» أي لو ادّعي على وكيل البيع انه قبض الثمن فانكر ذلك وقال: ماقبضته فاقام الموكل البيّنة على انه قبضه ـ ثم ادعى الوكيل انه تلف عنده من غير تفريطه أو قال انه رددته اليك ـ لم يقبل دعوى الوكيل ذلك حيث ظهر خيانته وانه اكذب دعواه لقوله أوّلاً انه ماقبضته وكل من اكذب دعواه لا تسمع دعواه ولابيّنته لانها مكذّبة لدعواه، وسماع البيّنة فرع سماع الدعوى، هذا.

ولكن لو اظهر بجحوده وانكاره القبض أوّلاً وجها ـ مثل ان قال: كنت نسيته او خفتُ ان لا تسمع دعواي التلف فيلزمني المال فانكرت ـ هل تسمع ذلك أم لا؟ فيه تردد، (من) حيث امكانه والحمل على الصحّة وانه أمين، (ومن) حيث ان

ولو ادعى بعد الجحود رداً سمعت دعواه ولايصدّق، لخيانته، وتسمع بينته.

ولو ادعى التلف صدّق ليبرأ من العين، ولكنه خائن فيلزمه الضمان.

فتح مثل هذا الباب يصير سبباً لبطلان كثير من الحقوق فتأمل، ولعل الاول قريب، وفي شرح القواعد بل فيه أيضاً اشارة الى مثله.

اما لو ادّعى الرد بعد الجحود يعني قال: قبضت بعد ذلك الزمان الذي انكرت القبض، ورددته اليك وكان ذلك ممكناً عادة لايصدّق، يعني لايقبل قوله، ولكن تسمع بيّنته ودعواه، لأنه ممكن فرضاً، وما صدر منه ماينافيه ويكذبه فلا مانع لسماع الدعوى والبيّنة.

ولكن لايقبل قوله بمجرد دعواه لأنه خائن حيث ماقبض الثمن وقبض المبيع فينبغي فرض تسليم المبيع في أول المسألة والا لم يظهر ـ لكونه خائناً ـ وجه.

واما لو ادعى التلف بغير تفريط بعد الجحود فيصدّق ـ أي يقبل قوله بيمينه ـ ليبرأ ذمته من ردّ عين الثمن ولكنه لما كان خائناً، فيلزمه الضمان فيؤدي المثل او القيمة وان كان قوله مقبولاً في دعوى التلف.

لكن كان ذلك مع عدم ظهور خيانته، ومعه لايقبل قوله كما هو مقتضى الأصل والدليل، وكان قد خرج مع عدم ظهور الخيانة للأمانة وعدم لزوم السد وقد انتفى.

ولكن مع اظهار الوجه الصحيح للانكار تردّد كما مرّ فتأمّل.

تمّ الجزء التاسع من كتاب «مجمع الفائدة والبرهان»
في شرح «إرشاد الأذهان»
حسب تجزئتنا، ويتلوه إن شاء الله تعالى الجزء العاشر منه
من اول «كتاب الاجارة»
والحمدلله اوّلاً وآخراً، وصلّى الله على محمد وآله الطاهرين
في ذي العقدة ١٤١١
من الهجرة النبوية على مهاجرها آلاف والثناء والتحية

الحاج آغا مجتبى العراقي **الحاج الشيخ علي پناه الاشتهاردي**

الحاج آغا حسين اليزدي الاصفهاني
عفا الله عنهم
بحق النبيّ وآله أئمتهم صلوات الله عليهم
آمين

فهرس ما في هذا الجزء

المطلب السادس: في الشفعة

وفيه فصلان:

الأول: في الشرائط

الثاني: في الأحكام

كتاب الديون وتوابعه

المقصد الاول

فروع

المقصد الثاني

في الرهن

وفيه مطلبان:

الأول: عقد الرهن

الثاني: في الأحكام

المقصد الثالث

في الحجر

وفيه مطلبان:

الأول: في أسباب الحجر

الثاني: في الأحكام

في أحكام المفلّس

المقصد الرابع
في الضمان

وفيه مطالب ثلاث:

الأول: شرائط الضامن

الثاني: في الحوالة

الثالث: في الكفالة

المقصد الخامس
في الصلح

المقصد السادس
في الاقرار

وفيه مطلبان:

الأول: في أركانه

الثاني : تعقيب الاقرار بما ينافيه

المقصد السابع
في الوكالة

وفيه مطلبان:

الأوّل: في أركانها

الثاني: في الأحكام

مسائل النزاع

